

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 25 – Numéro 1-2

Année : 1994-1995

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12923>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12923>

Page vide laissée intentionnellement.

LES CONSÉQUENCES DE L'ABANDON SUR LE DÉVELOPPEMENT PSYCHOSOCIAL DE L'ENFANT ET DANS SES RELATIONS PERSONNELLES ET SOCIALES.....	3
Par Michel LEMAY	
L'INTERPRÉTATION DE L'ABANDON ET DE LA PROBABILITÉ DE REPRISE EN CHARGE DE L'ENFANT DANS UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION	27
Par Jacques A. ARCHAMBAULT Claude BOISCLAIR	
L'EXPERTISE ET LA CONTRE-EXPERTISE EN MATIÈRE FAMILIALE.....	175
Par Christine BENOÎT Karine PIGEON	
LES FRONTIÈRES TERRESTRES D'UN QUÉBEC SOUVERAIN À LA LUMIÈRE DU DROIT INTERNATIONAL CONTEMPORAIN	239
Par Tara LEROUX	
LAMENTING THE DISAPPEARANCE OF PRAGMATISM : SUBSIDIES LAW AFTER THE URUGUAY ROUND.....	287
Par Lara FRIEDLANDER	
Commentaires	
LE POUVOIR DE RECTIFICATION DE LA LOI PAR LE JUGE ET SON APPLICATION EN DROIT CONSTITUTIONNEL : ÉTUDE DE L'ARRÊT « R. » C. « LABA ».....	317
Par Lucie LAUZIÈRE	
COMPARAISON ENTRE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE ET PUBLIQUE APPLIQUÉE DANS LE DOMAINE DE L'ENVIRONNEMENT ET LA MÉDIATION PRIVÉE.....	345
Par Pierre RENAUD	
Chronique : Droit de la santé	
L'UTILISATION DES PARTIES DU CORPS HUMAIN POUR FINS DE RECHERCHE : L'ARTICLE 22 DU CODE CIVIL DU QUÉBEC	359
Par Robert P. KOURI Suzanne PHILIPS-NOOTENS	
Notes bibliographiques	
« LA RECHERCHE DOCUMENTAIRE EN DROIT ».....	397
Par René PÉPIN	
« CONSTITUTIONAL LAW IN THEORY AND PRACTICE ».....	401
Par René PÉPIN	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES CONSÉQUENCES DE L'ABANDON SUR LE DÉVELOPPEMENT
PSYCHOSOCIAL DE L'ENFANT ET DANS SES RELATIONS
PERSONNELLES ET SOCIALES

Auteur(s) : Michel LEMAY

Revue : RDUS, 1994-1995, volume 25, numéro 1-2

Pages : 3-24

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12879>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12879>

Page vide laissée intentionnellement.

LES CONSÉQUENCES DE L'ABANDON SUR LE DÉVELOPPEMENT PSYCHOSOCIAL DE L'ENFANT ET DANS SES RELATIONS PERSONNELLES ET SOCIALES

par Michel LEMAY*

Les situations d'abandon, qu'elles soient vécues au sein du milieu familial ou en institution, sont responsables de troubles graves de l'attachement qui évoluent dans le temps. Après avoir décrit les symptômes retrouvés ainsi que leur évolution, l'auteur montre combien ces situations de perte précoce ou de faible investissement perturbent gravement la compétence parentale des sujets qui en ont souffert, créant de véritables transmissions de carence de génération en génération. Il analyse ensuite les interventions préventives et curatives qui sont à la disposition des cliniciens pour diminuer la fréquence et les conséquences des discontinuités affectives au cours des premières années de la vie de l'enfant.

Situations of neglect, whether experienced within a familial or an institutional setting, are often the source of evolving attachment disorders. After describing the observable symptoms and their development, the writer points out how these disorders can interfere with the parenting abilities of its victims, thus perpetuating their effects from generation to generation. He then examines the preventive and curative interventions available to reduce the occurrence and the consequences of affective discontinuity during the child's early years.

*, Pédopsychiatre à l'Hôpital Ste-Justine de Montréal et professeur titulaire à l'Université de Montréal.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	5
A) Les souffrances de ces enfants sur le plan étiologique.	6
B) Les manifestations et les évolutions possibles sur le plan symptomatique.	9
C) L'incompétence parentale et le risque de faire surgir et d'amener la répétition de la souffrance ressentie sur la génération suivante de la discontinuité affective.	12
D) La mise en place d'interventions, à la fois préventives et curatives, et les questions soulevées par le clinicien.	19
CONCLUSION	23

INTRODUCTION

Nous retrouvons régulièrement, tant dans la population psychiatrique juvénile que dans les Centres d'accueil, des enfants profondément perturbés qui ont vécu trois situations apparemment différentes, mais assez semblables dans leurs effets.

La première des situations se déroule au sein même du milieu familial. Une mère habituellement seule, bien que connaissant des liaisons passagères insatisfaisantes, élève un ou plusieurs enfants dans des conditions socio-affectives et socio-économiques difficiles. Pour des raisons que nous analyserons par la suite, ses capacités d'éduquer régulièrement ses enfants sont très faibles. Tantôt elle fusionne avec l'un d'entre eux ou semble l'utiliser comme un objet réparateur de sa propre détresse, tantôt elle s'en désintéresse, le néglige aussi bien sur le plan de l'amour que sur celui des apports nourriciers de base. Puis, dans un mouvement d'appropriation totale, elle le submerge pour quelques heures ou quelques jours de manifestations amoureuses. L'enfant qui vit ainsi une relation dite «yoyo» ne tarde pas à réagir par des comportements déviants qui percutent une mère déjà peu apte à fournir une continuité dans les soins. Lorsque nous regardons l'histoire antérieure de cette femme, nous découvrons régulièrement qu'elle a connu elle-même un univers de ruptures durant ses premières années et qu'elle répète sur sa progéniture le drame qu'elle a vécu.

La deuxième des situations est devenue un peu plus rare depuis que la population a été sensibilisée aux conséquences dramatiques des placements institutionnels mal organisés. Pour des raisons différentes, mais qui traduisent toujours l'extrême fragilité d'un tissu socio-familial, un parent abandonne à demi son enfant et, le mettant en danger, rend nécessaire la mise en place d'un séjour dans un milieu de substitution. Une famille d'accueil est trouvée puis, soit parce que le milieu original veut reprendre impulsivement l'enfant, soit parce que la famille d'accueil ne garde pas l'enfant, un va et vient commence à se mettre en place entre différents lieux de vie. Un cercle vicieux catastrophique s'installe, car l'enfant devenant de plus en plus difficile à approcher, les placements se succèdent. Ils sont entrecoupés de quelques retours dans la structure originale, éveillant à chaque fois chez l'enfant l'espoir d'une insertion définitive. Quelques séjours hospitaliers, quelques familles de dépannage, quelques brefs arrêts en foyers pour enfants ponctuent une existence kaléidoscopique où, à l'âge de 10,

11 ans, on finit par compter 10 ou 11 placements représentant eux-mêmes une trentaine de côtoiements incertains d'adultes désemparés.

La troisième situation peut être qualifiée de semi-abandon dans un univers doré. Le petit enfant se trouve ici dans un milieu aisé, parfois très riche, où les parents, pris totalement par leurs tâches professionnelles, délèguent à des domestiques changeant constamment la responsabilité de l'éducation. L'enfant a une chambre splendide, une accumulation de jouets, mais une absence à peu près totale de structures. Il connaît les mêmes discontinuités affectives que les précédents, mais la carence est ici cachée et, de l'enfant devenant insatisfait et tyrannique, on dira qu'il est trop gâté alors qu'il est dans un vide complet camouflé par le rideau de l'aisance matérielle.

À partir de ces situations que nous connaissons tous, nous allons analyser successivement les points suivants :

- Sur le plan étiologique, de quoi souffrent ces enfants?
- Sur le plan symptomatique, quelles manifestations retrouvons-nous et quelles sont leurs évolutions s'ils ne sont pas aidés?
- Quel drame de la compétence parentale a bloqué chez les mères et les pères les capacités d'investissement?
- Quelles interventions préventives et curatives peut-on mettre en place et quelles interrogations demeurent présentes à l'esprit du clinicien?

A) Les souffrances de ces enfants sur le plan étiologique.

Parmi les mammifères supérieurs, c'est le petit être humain qui présente le plus grand décalage entre sa naissance biologique et son éclosion psychique. S'il reçoit, avant même de naître, un flot de sensations inscrivant déjà des engrammes qui deviendront des souvenirs, puis des représentations, si sa manière d'être entraîne déjà des réactions particulières de son environnement dès le début de son existence, s'il a été rêvé et donc généré en tant qu'image avant même de naître, il est tout en confusion et fusion lorsqu'il surgit à la vie et va devoir entamer un long processus de séparation et d'individuation. Par *séparation*, on

signifie qu'il doit se reconnaître comme un être distinct de l'autre et par *individuation*, on veut dire qu'il lui faut développer peu à peu des caractéristiques propres qui en feront un sujet singulier au milieu d'autres sujets eux-mêmes marqués par le sceau de l'individualité. Le rôle d'un environnement est d'accompagner cet être en maturation afin de lui permettre de construire sa *colonne vertébrale psychique*.

Qu'entend-on par cette dernière expression?

On ne peut pas exister, puis dialoguer, sans se reconnaître dans son *corps*, avec les limites de sa peau, avec son intérieur et son extérieur, avec la marque de son sexe, avec l'ensemble des modalités sensorielles (vue, ouïe, tact, goût, douleur, plaisir, odorat) qui permettent de recevoir, d'intégrer et d'organiser peu à peu un monde psychique, avec sa motricité qui progressivement permet d'explorer soi-même et l'entourage. Ce corps, pour qu'il devienne le creuset d'une existence, il doit être bercé, caressé, ressenti, pris et détaché à son rythme, érotisé mais non génitalisé et ceci ne peut se faire que par la rencontre avec un petit groupe d'adultes stables, l'aimant profondément sans le submerger de *stimuli* impossibles à assimiler et sans lui faire connaître trop longtemps les périodes d'absence pourtant nécessaires pour qu'émergent les désirs.

On ne peut pas exister et dialoguer sans se trouver inscrit dans un *espace* rassurant, peuplé d'objets connus et liés à des présences, ni sans être inséré en totale sécurité dans un berceau, une maison, un quartier où les bouts de racines peuvent s'infiltrer si profondément dans le terreau familial que la notion de filiation ne fait plus aucun doute.

On a besoin de connaître des séquences *temporelles* identiques où, par le jeu de la tension et de la détente créées rythmiquement, par les soins de pouponnage et de nourrissage, des souvenirs s'installent au fil des jours en donnant l'absolue conviction de la continuité. Présent, passé et futur se distinguent à ce prix.

On doit devenir capable *d'influencer l'environnement* sans se percevoir comme un bouchon ballotté sur les flots et sans développer ce que certains appellent actuellement la «résignation acquise»¹.

Si l'on découvre inexorablement des phases de solitude et de frustration, des moments d'inachèvement nous faisant douloureusement comprendre que nous sommes limités, faibles, mortels, incomplets, l'anxiété qui en découle et qui par elle-même est mobilisatrice de mouvements créateurs doit être tempérée, canalisée par la présence inconditionnelle de parents devenus si déterminants que, même absents, ils restent enfouis en soi comme des *objets internes* qui apaisent, consolent et dictent leur Loi. Ces objets internes, omniprésents, vont permettre de capter d'autres influences issues de rencontres successives de l'existence. Les aptitudes à la socialisation future sont dépendantes de cet enracinement.

À partir de toutes ces expériences significatives, et grâce au progrès des maturations biologiques, l'enfant développe des *mécanismes défensifs et adaptatifs* afin de faire face seul, mais soutenu, aux stress inévitables de l'existence. Parmi ces mécanismes, les évocations d'images permettant de déposer l'univers de ses attentes amoureuses, de ses peines, de ses joies et de ses déceptions sont fondamentales pour l'équilibre futur. Puisqu'aucun désir ne peut se réaliser totalement et puisqu'aucun danger ne peut être évité complètement, *une vie imaginaire et fantasmatique* se met en place afin de réaliser sur un mode hallucinatoire les attentes impossibles.

Cette vie imaginaire et fantasmatique sous-tendra bien des attitudes, bien des rêveries, bien des réalisations et formera les soubassements et les cadres des futurs *processus symboliques*. Ces derniers sont liés à une culture donnée mais sont transmis par des parents qui, anticipant les possibilités futures de l'enfant, lui proposeront sans cesse des signaux, des messages, l'invitant à dialoguer. L'enfant entre ainsi dans l'univers du langage, du jeu, de l'expression graphique; il se met à désigner, à représenter son environnement et ses scénarios intérieurs. Il devient prêt à enrichir tout ce vécu ressenti et ce savoir par les expériences à l'école maternelle, puis par celles de l'école régulière et des milieux de loisirs.

1. Par ce terme, on entend l'état d'un sujet qui abandonne toute lutte contre l'adversité.

Cet enrichissement ne peut se produire que s'il est alimenté par tout un milieu qui non seulement fournit les ingrédients nécessaires à la pensée, mais encore aide le sujet à organiser cette dernière, à mettre en jeu les processus cognitifs que sont la mémorisation, l'analyse, les regroupements de données, la synthèse, le jugement, l'abstraction, etc. en fonction des étapes maturatives qui signent son cheminement.

Ce bref survol d'une évolution normale fait comprendre qu'un enfant, n'ayant pas pu connaître cette continuité affective qui peut se résumer par cette guirlande structurante : «je t'ai aimé, je t'aime, je t'aimerai», risque de présenter une *symptomatologie* atteignant corps, espace, temps, capacité d'agir sur son entourage, mécanismes de gestion de l'anxiété, enracinement parmi des personnes désignées, vies imaginaire et fantasmatique, langage et autres formes symboliques de communication, développement intellectuel, intériorisation des interdits puis construction de valeurs.²

B) Les manifestations et les évolutions possibles sur le plan symptomatique.

Tout petits, les enfants abandonnés présentent déjà une symptomatologie inquiétante. Ils oscillent entre des périodes de retrait avec des comportements auto-érotiques, tels que balancements interminables ou gestes répétitifs, et des phases d'appel où les pleurs, les recherches de fusion, puis les fuites du regard, révèlent un enfant tout en malaise dans ses interactions avec l'entourage. Des caprices alimentaires, des troubles du sommeil, un état d'agitation motrice percutent un milieu familial déjà bien peu apte à soutenir les étapes du développement. Retard du langage et des activités ludiques, absence d'harmonie dans les acquisitions gestuelles, inégalités de l'humeur, périodes inexplicables de détresse traduisent un état global de souffrance qui, s'il n'est pas repéré et modifié, annonce le tableau futur du *syndrome carentiel*.³

Ce tableau devient net lors de l'entrée en classe maternelle, c'est-à-dire au moment où l'enfant doit mettre en jeu ses aptitudes à la socialisation. Ce qui

-
2. D. FREUD, A. BURLINGHAM, *Infants without Families*, Allen and Unwin, London, 1944; G. GUÉX, *Le syndrome d'abandon*, P.U.F., Paris, 1973.
 3. J. AUBRY, *La carence des soins maternels*, P.U.F., Paris, 1955; J. BOWLBY, *Soins maternels et santé mentale*, Éd. Masson, Paris, 1954.

impressionne le plus est l'avidité affective de ces enfants qui sont toujours décrits par les intervenants comme des petits «*anthropophages de l'amour*». Se collant à l'adulte sur un mode indifférencié, ils veulent l'absorber dans son temps, son espace et ses possessions. On se sent dévoré, avalé, mais, fait paradoxal, les mouvements affectueux pourtant désirés sont mal reçus et débouchent sur des phénomènes de brisure. Tout se passe comme si l'enfant blessé narcissiquement se révélait incapable de «digérer» les marques d'amour et d'estime. Il veut tout avoir, mais ne garde rien, et ceci s'étend non seulement aux personnes mais aussi aux objets qu'il crée et qu'il reçoit. Ces ruptures, si déconcertantes et si blessantes pour l'entourage, sont dues à plusieurs facteurs.

Il y a une telle carence à l'intérieur même du sujet que tout ce qu'il peut capter est dérisoire par rapport à ce qui lui est donné ou par rapport à ce qu'il se donne. Comme un être en état de famine, la portion de nourriture affective ou d'attention privilégiée donnée réveille les désirs inassouvis et déclenche sur le parent substitutif qui suscite tant d'attentes, l'hostilité créée par l'accumulation des déceptions antérieures.

La «discontinuité relationnelle» n'a pas seulement suscité une insatisfaction massive. Elle a peu à peu marqué le sujet du sceau d'un être humain non désiré. Cette impression d'être un avortement raté, un accident de l'existence, déclenche une immense dévalorisation et, de là, le sentiment d'être mauvais.

Pour juguler cette plaie du «non désir», trois phénomènes vont surgir et, selon l'importance de l'un d'entre eux, ils vont colorer différemment le tableau clinique.

Puisque l'enfant abandonné n'a eu ni mère, ni père gratifiants, il se bâtit au fond de lui-même l'image d'un parent tout puissant et tout bon qui, situé quelque part dans son monde intérieur, peut à la fois apaiser la blessure initiale et rendre dérisoires les rencontres réelles avec les adultes qui cherchent à devenir significatifs. «*Comment t'aimer, dit Carole, alors que ma mère-squelette au fond de moi est tellement belle qu'elle ne peut être ni trahie ni comparée aux pauvres marques d'amour que tu peux me témoigner*». Ce fantasme réparateur bloque ainsi paradoxalement toute possibilité de créer des liens stables.

Le deuxième phénomène est la recherche compulsive et perpétuellement avortée d'une personne idéale. Sans aucun sens critique et sans distanciation, toute nouvelle personne surgissant dans la vie devient momentanément le réceptacle des espoirs accumulés tandis que, dans un clivage dramatique, le précédent ami ou la précédente amie sont d'autant plus rejetés qu'on peut déposer en lui ou en elle la somme de son hostilité. Il en résulte une succession de rencontres d'abord présentées comme salvatrices, puis déchirées avec violence.

Le troisième phénomène est la quête du bonheur par l'édification d'une symbiose avec un univers régressif, magique, mal différencié. Lorsqu'ils sont petits, cela s'exprime par des demandes jamais assouvies d'apports sensoriels qui peuvent d'ailleurs conduire ces enfants à une grande vulnérabilité vis-à-vis d'adultes pédophiles profitant de leurs besoins de contact pour les séduire et les abuser. Plus tard, on retrouve la toxicomanie sous tous ces modes, le refuge dans une secte, des états dépressifs où les manifestations somatiques sont habituellement au premier plan; en fait, le sujet tente de s'installer dans une construction autant anarchique qu'archaïque où «l'auto-sensorialité» s'exacerbe et permet d'oublier la relation impossible à l'Autre.

Ajoutons à ces réflexions que d'autres symptômes viennent se greffer à ce tableau d'ensemble : l'intolérance aux frustrations et aux attentes est grande et conduit à des manifestations d'agressivité difficiles à supporter. L'avidité et le sentiment de vide orientent l'enfant vers des conduites de vols, de chapardages de nourriture, d'intense rivalité à l'égard de camarades qui possèdent un jouet convoité. Le malaise éveillé par tout échec, le refus crispé des situations compétitives, le peu d'enracinement, autant par rapport à un passé que par rapport à un futur, la tendance à vivre dans l'instant présent, la non-croyance en ses possibilités entravent généralement l'intégration scolaire et le statut de «mauvais», «d'incapable» accentue l'altération de l'estime de soi.

Toute cette description montre la gravité des séquelles lorsque le sujet victime d'abandon n'a pas pu recevoir une aide. Elle nous fait également comprendre les énormes risques de répétitions d'une génération à l'autre car une entrave aussi profonde à la rencontre avec autrui mobilise à la fois un désir de réparation, mais perturbe également les compétences parentales futures.

C) L'incompétence parentale et le risque de faire surgir et d'amener la répétition de la souffrance ressentie sur la génération suivante de la discontinuité affective.

Bien des adolescents, en particulier les adolescentes, vont avoir la nostalgie de réparer eux-mêmes leur passé par l'intermédiaire d'un bébé qui devient porteur d'un ensemble d'attitudes et d'émotions particulièrement lourdes à assimiler pour le jeune être humain.

La plupart des futurs parents qui ont un pénible passé carenciel prononcent avec beaucoup d'émotions la phrase suivante : *«Je veux rapidement un bébé afin de lui faire connaître ce que je n'ai pas connu et de lui éviter le drame qui est le mien.»* Si certains jeunes adultes parviennent, en effet, à rattraper ainsi un pan douloureux de leur existence et à rebâtir un cheminement constructif, nous constatons chez beaucoup d'entre eux des entraves sévères à la compétence parentale. De quoi s'agit-il?

Tout désir d'enfant réveille en l'adulte une somme incroyable d'émotions.⁴ Nous avons été dans le ventre d'une mère et ce lieu clos, connu sensoriellement, mais totalement oublié dans ses qualités représentatives, a constitué la zone mystérieuse, menaçante, fascinante et gratifiante de nos origines, en même temps qu'elle nous renvoie au fil des années à un autre mystère, celui d'une union sexuelle à partir de laquelle nous avons débuté. Par cette union, un homme entrant dans un corps qui a été le creuset de son existence et une femme accueillant ce corps dans le creuset où, elle aussi, a été générée, partagent une semence qui crée une vie. Cette fécondation s'est faite dans le désir conscient ou inconscient de se prolonger par un autre ou, tout au contraire, elle n'a été qu'un hasard refusé, craint, rejeté. Il y a donc chez nous tous une question à peu près impossible à résoudre, mais rassurée ou compliquée par la suite de l'existence : avons-nous été désirés et la scène primitive où nous avons été générés est-elle la marque d'un amour réciproque, de l'attente d'une présence ou le renvoi vers un néant dont nous n'aurions jamais dû surgir ?

4. S. FRAIBERG, E. ADELSON, V. SHAPIRO, «Ghosts in the nursery», J. of the American Academy of Child Psychiatry, Vol. 14, No 3, 387-421, 1975.

Au bout de quelques semaines, la grossesse est reconnue avec ses deux phases classiquement décrites chez la mère. Les premiers mois où les préoccupations sont surtout centrées sur les malaises et les modifications corporelles. Puis, la deuxième partie de la grossesse où l'enfant se mettant à bouger provoque l'émergence d'un flot de sensations et d'images. Nous ignorons encore aujourd'hui totalement au plan scientifique si les émotions vécues pendant la gestation influencent l'embryon, puis le fœtus. Ce dont, par contre, nous sommes sûrs, c'est que le temps des neuf mois de grossesse est générateur d'un flot de fantasmes qui renvoie les futurs parents à toute leur histoire antérieure. Rien n'est, en effet, plus projectif que la situation foetale. Un être humain intégré à un autre corps, mais construisant son propre corps à partir des apports maternels, transforme la morphologie de la mère, suscite en elle de multiples stimulations, bouge, est entre-aperçu par les frémissements et ondulations de la paroi abdominale mais demeure un inconnu quant à ce qu'il est et deviendra.

Même si l'on peut dire à l'avance son sexe et voir ses contours et quelques-uns de ses organes grâce à l'échographie, il demeure un étranger dans une maison qui est soi-même. Dans l'évolution normale d'une grossesse, la mère et, dans une moindre mesure, le père, se construisent au fil des jours un bébé imaginaire en même temps qu'ils se bâtissent une image de mère et de père de rêve. *Le bébé imaginaire est le produit de tous les fantasmes de leur enfance.* On refait son cheminement originaire au cours de la grossesse en se réinterrogeant sur sa propre histoire oubliée. Dans cet imaginaire parental, le fœtus est déjà perçu comme un être distinct, amorçant sa propre trajectoire, ou comme une partie de soi comblant un vide qui ne devra jamais plus exister. Avant même de naître, le fœtus est donc placé dans le statut d'un sujet ou inscrit dans celui d'un objet qui répare, comble, apaise ou dérange, agresse ou rassure, sera partagé ou retenu comme sa possession. Il est déjà généré comme un être à part entière ou comme un objet partiel, voire clivé, comme un élément de revanche, comme un imposteur, comme un rival potentiel, comme une peur archaïque, comme un dévoreur de ses entrailles, comme un échec, comme un corps sur lequel les reliquats de sa «*prégénitalité*» doivent se satisfaire, etc.

Le père qui ne porte pas l'enfant, et qui ne sent donc pas vibrer cet enfant à l'intérieur de lui, a beaucoup plus de mal à suivre cette première évolution mais, dans une zone enfouie de lui, il fait aussi sa propre grossesse au point que certaines cultures ont mis en place une organisation symbolique intitulée la

«couvade» pour l'aider à édifier sa propre vision de cet élément de sa chair qu'il devra accompagner en complémentarité avec son épouse.

Pendant les neuf mois de gestation, les références de la mère et du père à leurs propres parents vont se réaménager. Tout psychiatre travaillant dans un service d'obstétrique sait que des phénomènes bien étranges se produisent : des contractions prématurées, des risques de fausses couches, des vomissements incoercibles, des retards de développement lorsqu'ils ne relèvent pas essentiellement de causes physiques, peuvent être apaisés en aidant l'adulte à se «resituer» à l'égard de ses parents. Lorsque tout le passé confronte au vide des images parentales, il n'est pas facile d'évoquer cette absence sans retrouver sa propre blessure originaire, ses constructions contraphobiques de parents idéalisés inconnus, son hostilité et son affection ambivalente contre tous les adultes qui ont prétendu être des substituts parentaux.

Dans ce fatras d'émotions contradictoires, tout devient possible :

- Un bébé imaginaire, totalement idéalisé, est perpétuellement décrit mais parallèlement aucune layette, aucun berceau, aucun geste d'accueil ne sont mis en place. S'il y a un fœtus de rêve dont on parle beaucoup, tout se passe comme s'il ne sera jamais accouché.

- L'image d'un bébé futur ne surgit pas. Il y a une maternité blanche, et seules sont évoquées les transformations corporelles. Tout se passe comme si le bébé n'était qu'un élément confondu des organes abdominaux.

- Aucune précaution n'est prise pendant le temps de la gestation. On continue la motocyclette, les sports violents, l'absorption de substances toxiques telles que l'alcool ou les drogues. La surveillance médicale est refusée. Tout se passe comme si le fœtus à peine évoqué était déjà inscrit dans le statut d'un objet à détruire.

- Les expériences sexuelles s'intensifient avec des personnages différents et le père géniteur a été oublié en même temps qu'il a voulu disparaître. Tout se passe comme si l'élan amoureux ne se fixait pas sur l'utérus devenu lieu d'accueil, mais sur une cavité vaginale toujours vide. Tout se passe comme si le

foetus ne pouvait pas être le produit d'une sexualité dont la composante affective est rejetée.

La naissance se produit et le bébé réel doit être confronté au bébé du rêve.⁵ Cette confrontation est toujours délicate, et elle dépend de l'état physique de l'enfant. Une prématurité nécessitant une mise prolongée en incubateur, une dysmorphie congénitale et, à plus forte raison, une atteinte organique sévère peuvent rendre particulièrement difficile le deuil du foetus idéalisé. Mais dans le cas du parent victime d'abandon, qui attendait un objet réparateur de son narcissisme blessé, les réalités de la vie quotidienne peuvent suffire à déséquilibrer les attentes, même avec un enfant sain. Bébé pleure la nuit, oblige à se lever pour un biberon supplémentaire. Il vomit après une tétée, prend mal le mamelon du sein. Il faut le changer régulièrement, le baigner en tenant soigneusement compte de la température de l'eau. Il faut surtout le percevoir comme un être ayant déjà ses propres besoins, le découvrir dans son rythme d'éveil, de réception et de sommeil, l'accepter dans sa façon de se blottir mais aussi dans la désorganisation inévitable qu'il amène dans le déroulement du quotidien.

La tolérance aux variations, aux frustrations, la connaissance intuitive des besoins naissants d'un être humain manquent souvent à un parent qui voudrait tout recevoir et qui est démunie dans sa capacité de donner gratuitement. Des malentendus relationnels risquent de surgir très tôt. Lorsque la mère est fatiguée, les pleurs sont entendus comme un appel au sommeil alors que l'enfant voudrait être cajolé. Il va être laissé dans son berceau. Lorsque la mère est déprimée, les cris sont faussement perçus comme des appels au bercement alors que l'enfant voudrait tant se reposer. Une lutte se développe ainsi à bas bruit entre un petit être, qui a sa propre réactivité et qui construit ses propres désirs, et un parent tellement peu «distancié» qu'il confond ses émotions, ses attentes et ses demandes primitives avec celles d'un autrui vécu comme étant soi. Autant il y avait un désir de grossesse pour combler un vide, autant il y avait le désir d'un bébé poupée pour rejouer, par personne interposée, sa petite enfance échouée, autant il est difficile d'avoir un désir d'enfant, qui signifierait accompagner un sujet dans un processus d'éloignement et d'affirmation de soi.

5. S. LEBOVICI, *Le nourrisson et la psychanalyse. Les interactions précoces*, Le Centurion, Paris, 1983.

Les mouvements d'autonomie tels que mordre, ramper, marcher, explorer, s'opposer, etc. ne sont pas décodés sous le signe du progrès, mais sous celui de l'abandon, de la méchanceté et de l'anormalité. Quand le parent est dans la nostalgie de ne pas avoir eu de mère et de ne pas avoir eu d'enfance, l'enfant est inscrit dans le statut d'un objet fusionnel qui ne reçoit pas le droit de grandir. Il réagit inévitablement à cet état de choses par des colères, des caprices alimentaires, des troubles du sommeil, des retraits, des problèmes divers de développement, et devient non plus l'objet réparateur désiré, mais l'objet persécuteur qui renvoie l'adulte à la fois aux agressions de son passé et à l'image de ses comportements antérieurs.

On peut difficilement comprendre les alternances d'amour et de haine, les abus physiques éventuels, les abandons suivis de promesses culpabilisées de réconciliation, les placements demandés, puis brusquement arrêtés, si on ne saisit pas la complexité des significations que l'enfant, tout au long des phases de son existence, va ainsi prendre dans le psychisme d'un parent voulant se reconstruire par l'intermédiaire de son enfant au lieu d'aider à construire un être différent dans un contexte «*inter-générationnel*» d'emblée accepté. Sans l'édification de cet espace, l'enfant doit inévitablement occuper les places manquantes. «*Mon garçon, c'est mon "nounours", le bébé que je n'ai pas été, ma mère, mon père, mon amant*» dit une mère dans un raccourci saisissant au sujet de son fils de 8 ans. Lorsque le garçon se dérobe à ces projections pathogènes, il est culpabilisé, rejeté et accentue le drame par ses propres troubles du comportement. Lorsqu'il accède aux attentes, il devient un prolongement de la mère, un corps qui, recevant de manière excessive des apports sensoriels non maîtrisés, devient prématurément «*génitalisé*»; un pseudo-adulte endossant des confidences trop lourdes puis, ses désirs s'exacerbant, il apparaît comme un petit pervers, un enfant qui se mêle trop des affaires de sa mère, un petit jaloux des aventures amoureuses de l'adulte momentanément engagé dans une rencontre sentimentale, un ingrat, etc.

Cette relation morbide pourrait être en partie compensée par la présence d'un tiers.⁶ Dans bien des cas, la mère au passé carenciel se retrouve seule. Ayant eu elle-même une famille problématique, ses parents ont rompu avec elle. Son désir

6. G. DELAISI DE PERSEVAL, *La part du père*, Le Seuil, Paris, 1981.

de posséder un enfant, comme une partie d'elle-même, ne contribue guère à l'édification d'un couple solide car le père est un rival potentiel. Son avidité affective l'amène pourtant à des chocs amoureux transitoires vers des hommes qui ont souvent une histoire identique et qui cherchent de leur côté une mère idéalisée, au lieu d'une épouse, et un bébé réparateur, au lieu d'un fils ou d'une fille. Tous les ingrédients sont donc présents pour de brèves réunions passionnelles durant lesquelles l'enfant, s'il y en a déjà un, est totalement exclu. Ces idylles durent peu car la charge affective est trop forte et déclenche les mécanismes de brisure précédemment décrits. La blessure de la rupture alimente un peu plus les sentiments d'abandon et de faible estime de soi tandis que ces derniers tentent de se cicatriser sur l'enfant qui, de délaissé, redevient l'élus exclusif pour une nouvelle séquence interrompue quelques mois plus tard par une nouvelle rencontre. Si le couple se constitue malgré tout, il peut devenir une expérience salvatrice, mais si les deux partenaires ont eu dans leur histoire antérieure une discontinuité affective, ils risquent de bâtir sur l'enfant le même scénario d'absence d'échanges entre les générations en échouant dans le rôle de complémentarité que jouent habituellement une mère et un père.

En effet, le rôle du tiers, habituellement celui du père, est à la fois de soutenir la relation intime et empathique d'une mère avec son petit enfant, et à la fois de rompre cet échange trop symbiotique. Ce père pose normalement une sorte d'interdit : «Non, prenez chacun un espace qui vous donne la possibilité de vivre individuellement», et il affirme son droit de présence en exigeant que d'une relation duelle, mère et enfant passent à une relation triangulaire. En agissant ainsi, il se réinsère dans le système familial en désignant à l'enfant sa place, non de fusion, non d'ami, non d'amant, non d'éternel «bébé réparateur du passé», mais de fils ou de fille invité à se tourner vers l'extérieur.

Or ce père, déjà repoussé lorsqu'il veut s'introduire dans la relation réparatrice mère-enfant, peut être lui-même, par le jeu des attirances pathogènes si fréquentes, un homme bien peu apte à la parentalité.

Il est plus en recherche d'une mère idéalisée que d'une épouse et le mouvement de la mère vers son bébé le met en position d'abandon, donc de rivalité avec l'intrus qui vient de naître.

Il est lui aussi en quête d'un objet réparateur, mais sa position de tiers étant bloquée, il ne lui reste plus qu'à se retirer du tableau. Nous assistons ainsi parfois à une quête passagère de paternité avec arrêt des aventures amoureuses extérieures, de l'alcoolisme ou de la toxicomanie puis, devant l'échec, un retour dramatique des déviances antérieures.

Il risque, par déception devant l'enfant qui ne lui apporte pas ce dont il a besoin, de devenir son agresseur puis, par désir d'incorporation où la distance entre les générations devient absente, de rechercher sur ce sujet qui grandit les satisfactions d'une sexualité mal assumée. Nous sommes alors au point de départ de conduites incestueuses.

Par contre, il peut aussi réaliser par sa femme et par son enfant la composante maternante en souffrance et, à partir de cette étape, reprendre une position de distance qui rééquilibre un système familial en détresse. Cela dépendra parfois beaucoup de l'aide que ce couple recevra ou ne recevra pas d'un intervenant stable et empathique.

D) La mise en place d'interventions, à la fois préventives et curatives, et les questions soulevées par le clinicien.

L'analyse de ces difficultés prenant leurs racines dans un grave défaut d'étayage parent-enfant peut apparaître décourageante, puisque nous retrouvons souvent, de génération en génération, les problèmes dont les sujets ont pourtant souffert. Le risque d'une telle présentation est de ne plus croire dans les aptitudes des personnes rencontrées. Il est toujours essentiel de reconnaître à la fois les obstacles à un développement et les forces et richesses du sujet côtoyé.⁷ Nous sommes cependant moins désarmés qu'il ne peut le sembler, dans la mesure où toute une société prend conscience de l'importance déterminante de la petite enfance et de la complexité de devenir parent.

Sur le plan préventif, il est regrettable que les préadolescents et les adolescents ne soient pas sensibilisés, dans les écoles, aux exigences minimales pour agir comme parents alors que tout naturellement, lorsqu'ils sont enfants, ils

7. M. RUTTER, *Maternal Deprivation Reassessed*, Penguin Book, Harmondsworth, 1972.

ont tendance à vouloir imiter, par l'intermédiaire de poupées, les comportements maternels et paternels. Nous sommes convaincus que des échanges à l'école sur les besoins de la petite enfance, sur les risques de rupture, sur les dangers des mécanismes répétitifs et sur les moyens d'être aidés, quand ces mécanismes existent, pourraient servir non seulement sur le plan informatif, mais aussi sur le plan d'une réflexion pouvant conduire secondairement des jeunes gens et des jeunes filles à demander un soutien préventif quand ils se trouveraient sur le point de devenir parents.⁸

Des lieux de parole doivent être créés au sein des quartiers pour que les adultes puissent trouver des bénévoles et des praticiens susceptibles non seulement de leur fournir des conseils éducatifs, mais surtout de les écouter, de les inviter à se distancier de l'affrontement épuisant aux tâches quotidiennes du rôle des parents, d'échanger afin de sortir de l'état de solitude. De tels lieux existent déjà, mais ils sont en nombre insuffisant.

Les garderies pour tout petits sont l'objet de discussions. On leur reproche le fait qu'elles créent une rupture d'avec les parents, qu'elles peuvent être des milieux trop neutres sur le plan affectif. Bien encadrées, avec un personnel qualifié et non submergé par un trop grand nombre d'enfants, elles peuvent constituer des compléments remarquables à l'action parentale. Elles autorisent, en effet, des répit pour des parents qui amorcent le cercle vicieux décrit précédemment. Elles favorisent des échanges très riches avec les mères quand elles amènent et reprennent leur enfant. Elles permettent de repérer les premiers signes de souffrance de jeunes enfants afin de mettre en place un soutien parental, mais elles ne peuvent avoir de valeur que si les pouvoirs publics les soutiennent sans ambivalence.

À mi-chemin de la prévention et de la cure, nous plaçons les interventions dans les services de gynéco-obstétrique et de maternité. *C'est au cours de la grossesse qu'on peut souvent déjà noter les premiers signes d'un trouble de l'attachement.* Or, tous les praticiens qui ont tenté une action psychologique dans le cadre de ces milieux soulignent que les parents, de façon générale, et particulièrement les mères, deviennent étonnamment sensibles à leur propre

8. R. SPITZ, *De la naissance à la parole. La première année de la vie*, P.U.F., Paris, 1968.

histoire antérieure durant la gestation et durant les mois qui suivent l'accouchement. Le fait de porter le fœtus, d'accoucher, puis d'assumer les actes quotidiens de maternage, réveillent un inconscient et un pré-conscient qui permettent à cette période d'opérer des psychothérapies brèves, aboutissant à des réaménagements étonnants quand on compare les résultats de cette phase privilégiée avec d'autres moments de l'existence.

Lorsque l'enfant est né, les rencontres ont tout avantage à être faites avec lui et dans «l'ici et maintenant» du nourrissage et des actes de la vie quotidienne (jeux, bains, etc.). C'est sur-le-champ que peuvent être travaillés les problèmes d'empathie, de non-distanciation, d'écoute déviée, d'investissements inégaux. Si les échanges peuvent être parfois réalisés dans le cadre d'un Centre local de services communautaires ou d'un Centre de développement précoce, soit le type «maison de la petite enfance», ils sont souvent plus riches au sein même du domicile parental. Ils aboutissent à ce que R. Debray appelle des «réanimations psychiques», qui évitent de s'installer dans le processus circulaire dramatique où le nourrisson, étant mal entendu dans ses besoins et désirs naissants, réagit et devient un objet persécuteur.

Ce niveau d'intervention n'est pas toujours suffisant et cette constatation justifie alors la mise en place de moyens d'action plus longs et plus complexes.

Dans certains pays existe la profession d'auxiliaire familiale. Il s'agit d'aides puéricultrices, de puéricultrices ou d'éducatrices de la petite enfance qui ont pour rôle d'aller à domicile et de partager plusieurs heures par jour des tranches de vie avec la mère et l'enfant. L'aide consiste à accompagner ces femmes, souvent seules et démunies, dans leur apprentissage de la fonction maternante en incluant, chaque fois que cela est possible, le père. C'est une tâche délicate car il ne s'agit pas de se substituer au parent en «lui prenant son enfant», mais de réveiller les forces maternantes latentes, à la fois par des actes concrets et par une parole qui sait valoriser, soutenir. Ces auxiliaires familiales ont besoin de travailler étroitement avec des travailleurs sociaux, des psychologues, des pédopsychiatres au sein d'équipes constituant un travail de première et de deuxième ligne sur la petite enfance. Nous savons que des expériences organisées par des bénévoles s'orientent vers les mêmes objectifs.

Tous ces praticiens constatent parfois que le maintien de l'enfant auprès de ses parents exige la mise en place de périodes de répit dans une famille ou des institutions pour jeunes enfants⁹, afin de permettre que, durant cette pause, puissent être modifiés, tant du côté du bébé que du côté des parents substitutifs, les malentendus relationnels qui risquent de s'accroître si les protagonistes restent en présence.

Les «maisons» pour séjour transitoire de femmes isolées, abandonnées, victimes d'abus, peuvent aussi autoriser de nouvelles interactions mère-enfant.

Nous savons que tous ces modes d'aide peuvent être souvent proposés sur une base volontaire. Ils exigent aussi parfois le recours aux tribunaux pour obtenir une ordonnance imposant l'obligation de recevoir une aide. Sans celle-ci le parent promet, tente de se modifier, puis retombe dans la négligence, l'abus ou les discordances relationnelles. L'ordonnance judiciaire devient la tierce personne qui a tant manqué durant le développement. Elle structure, pose des limites, constitue un étayage extérieur lorsque la colonne vertébrale de l'identité parentale est trop fragile.

L'ensemble de ces mesures n'est pas toujours suffisant. Autant il faut tout mettre en oeuvre pour essayer dans un premier temps de garder l'enfant dans son milieu familial original, autant une idéologie utopique de responsabilisation parentale et une trop grande illusion de nos pouvoirs thérapeutiques peuvent déboucher sur le maintien de situations pathogènes catastrophiques. La compétence parentale peut être si peu désirée ou si profondément entravée, qu'il n'est plus raisonnable de laisser l'enfant dans sa famille. Les signes de souffrance deviennent évidents. Le décalage entre les aspirations, les promesses de changement et la réalité du «vécu» quotidien est patent. Une relation de fusion puis d'abandon est manifeste. Soit sur une base volontaire (ce qui est possible lorsque demeure avec un praticien une relation de confiance), soit que par une ordonnance de protection judiciaire, il faille envisager un placement substitutif.¹⁰¹¹

-
9. M. DAVID, *Les placements familiaux thérapeutiques. De la pratique à la théorie*, E.S.F., Paris, 1989.
 10. M. DAVID, G. APPELL, *Löczy ou le maternage insolite*, Éd. Scarabée, Paris, 1973.
 11. P. SANS, *Les placements familiaux thérapeutiques*, Fleurus, Paris, 1987.

Tout en sauvegardant les droits de la famille originaire en permettant des visites, des séjours de fin de semaine, etc. chaque fois que cela est possible, nous ne pouvons que souligner l'importance d'inscrire alors l'enfant dans un lieu stable, prolongé, avec des personnes significatives. Cela peut exiger, en raison des troubles de comportement chez l'enfant, un séjour d'observation-orientation dans une «maison d'enfants», dont l'organisation exige des conditions spéciales¹² tant les interactions entre le milieu d'origine, la famille adoptive ou nourricière future, les pouvoirs publics et la dynamique institutionnelle sont choses complexes. Parfois le placement en famille d'accueil peut être d'emblée envisagé. Ces placements ne peuvent être salutaires que si le milieu substitutif est encadré, soutenu par le même praticien dans un échange de coopération mutuelle. Le message si souvent prononcé : *«prenez cet enfant un peu abîmé par la vie; avec beaucoup d'amour, tout s'arrangera vite»*, s'inscrit dans un discours d'illusion et de tromperie.

Il est difficile, épuisant, mais passionnant de devenir une famille d'accueil prolongé pour un enfant avec un début de passé carenciel. On est inévitablement percuté par l'avidité affective, les phénomènes de brisure, les intolérances aux frustrations, les sentiments d'échec et de toute-puissance, les pressions et contradictions de la famille originaire, l'ambivalence par rapport à celle-ci et, s'il n'est pas mis en place une structure de soutien, qui implique souvent une forme d'aide directe à l'enfant, le risque est grand de se décourager, d'abandonner et d'amorcer alors la succession mortifère des multiples placements.

Lorsque le syndrome carenciel est installé, nous passons au stade des mesures plus complexes : maintien dans la famille d'accueil avec insertion dans un service de soins de jour - foyer de groupe qui place moins l'enfant dans une situation d'écartèlement entre l'image réparatrice du parent idéalisé, sa famille originaire et l'adulte côtoyé journallement - internats avec travail pédagogique, éducatif et psychothérapique associé. Je me permets de signaler que j'ai développé dans mon livre *«J'ai mal à ma mère»*¹³, les exigences de ces

12. Le seul aspect de l'organisation de ces «maisons d'enfants» mériterait de longues explications.

13. M. LEMAY, *J'ai mal à ma mère*, Éd. augmentée. Éd. Fleurus et Éd. Science et culture, Paris, 1993.

approches institutionnelles. Je veux citer aussi les travaux de Myriam David et de Geneviève Appell, et ceux de Jean Cartry.¹⁴

CONCLUSION

De la prévention au traitement, on peut conclure que nous avons besoin d'avoir une vue d'ensemble des troubles éventuels de la petite enfance. Nous manquons dramatiquement de structure coordonnatrice, à la fois souple et cohérente, pour que parents, famille substitutive, tribunaux, organismes éducatifs et thérapeutiques n'agissent pas chacun de leur côté dans une dispersion et dans une contradiction des approches. Parmi ces moyens d'intégration, des Centres d'aide à la petite enfance créés au sein de quartier, tout en étant rattachés à des organismes communautaires comme les C.L.S.C., pourraient constituer des ébauches de réponse.

L'enfant carencé et la famille s'occupant de tels enfants ont, avant tout, besoin d'une continuité des interventions. Les changements, si fréquents dans les services sociaux et dans les milieux éducatifs, sont une plaie béante dans notre système.

Il est très difficile de trouver des psychologues cliniciens et des pédopsychiatres s'intéressant de manière prolongée à tout le domaine des inadaptations socio-affectives graves. Le résultat est que le praticien de première ligne se retrouve seul en face de tâches épuisantes sur le plan émotionnel.

La politique, apparemment généreuse, du maintien à tout prix de l'enfant dans son milieu familial et de la «*désinstitutionnalisation*», a des avantages évidents en regard à des abus antérieurs. Elle tombe parfois dans l'illusion, la démagogie. Il y a énormément de situations carencielles à l'intérieur même des milieux familiaux. Le nier est se fermer les yeux. *Refuser de créer des milieux substitutifs, sous le prétexte d'un retour en arrière, est une grave erreur souvent d'ailleurs sous-tendue par des motifs purement économiques que l'on tait avec pudeur.*

14. J. CARTRY, *Les parents symboliques. Des enfants carencés relationnels en famille thérapeutique*, Éd. Fleurus, Paris, 1985.

Certaines populations sont manifestement à risque : parents ayant connu dans leur enfance des abandons successifs - enfants adoptés tardivement après un long passé d'errance - enfants ayant dû subir une série d'hospitalisations avec intrusions médicales répétées sur leur corps - adolescentes avec des grossesses précoces, etc. Il faut tout mettre en oeuvre pour soutenir l'ensemble de ces personnes.

Lorsqu'une décision de placement substitutif est prise, *on ne peut pas sans grand risque* (surtout si l'enfant est jeune) *couper cette insertion par des essais répétés de retour dans le milieu originaire*, sous prétexte qu'il faut laisser «la chance aux parents». Trop souvent, on soumet alors l'enfant à de véritables conditions de pathologie expérimentale.

Les discontinuités relationnelles créées par les changements des intervenants contribuent à l'alimentation des conditions carencielles. Il faut absolument que les praticiens et les organismes prennent conscience de cet état de faits.

Il nous manque un certain nombre de points de repère sur lesquels nous devons travailler : une définition plus claire des grossesses à haut risque sur le plan psychique - une meilleure précision des enfants à haut risque sur le plan psychologique - une meilleure information de la santé mentale par rapport au diagnostic des troubles de la compétence parentale et par rapport au degré de gravité des syndromes carenciels - une meilleure coordination des différentes approches préventives, éducatives, sociales et thérapeutiques - une plus grande sensibilisation de la population à la parentalité et aux aléas de celle-ci.

Puissent ces réflexions fournir quelques éléments de réponses pour ces enfants qui à la fois manquent de bouts de racines et ne savent pas comment découvrir un sentiment de filiation, première condition pour se bâtir un avenir.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'INTERPRÉTATION DE L'ABANDON ET DE LA PROBABILITÉ DE
REPRISE EN CHARGE DE L'ENFANT DANS UNE DEMANDE EN
DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION

Auteur(s) : Jacques A. ARCHAMBAULT, Claude BOISCLAIR

Revue : RDUS, 1994-1995, volume 25, numéro 1-2

Pages : 27-169

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12880>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12880>

Page vide laissée intentionnellement.

L'INTERPRÉTATION DE L'ABANDON ET DE LA PROBABILITÉ DE REPRISE EN CHARGE DE L'ENFANT DANS UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION

par Jacques A. ARCHAMBAULT¹
Claude BOISCLAIR²

Les auteurs analysent les controverses jurisprudentielles qui ont soulevé beaucoup d'incertitude dans le domaine de l'admissibilité à l'adoption fondée sur l'abandon «de fait». Ils montrent comment l'intérêt de l'enfant est nécessaire pour définir ce qu'il faut entendre par «ne pas assumer de fait» les devoirs parentaux, et déterminer les conditions d'un véritable projet de reprise en charge de l'enfant par les parents. Ils précisent aussi pourquoi la Cour d'appel a rejeté «l'abandon intentionnel» en considérant celui-ci comme une création jurisprudentielle incompatible avec les mots «de fait» du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q.

Les auteurs discutent également du pouvoir discrétionnaire des tribunaux de refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption et ce, après avoir déclaré que toutes les conditions posées par la loi étaient remplies. De plus, ils s'interrogent sur la théorie, avancée par la Cour d'appel, concernant «l'impossibilité» d'exécuter ses devoirs parentaux pour la personne déficiente intellectuellement, ce qui pourrait bien alimenter une nouvelle querelle jurisprudentielle. L'exposé est complété par l'examen de certaines avenues destinées à mieux encadrer la prise en charge de la situation de l'enfant abandonné afin de prendre des décisions plus adéquates sur les plans social et juridique.

The writers examine the jurisprudential controversy, and the uncertainties resulting therefrom, concerning the notion of eligibility for adoption in connection with the de facto abandonment of a child. They point out the extent to which the best interests of the child play a vital role in determining what is meant by the idea that the duties of the parents have not «in fact» been taken in hand. These interests also figure in establishing the conditions under which the parents can reassume their duties. The writers indicate why the Court of Appeal has rejected the concept of «intentional abandonment», since it is viewed as a praetorian innovation incompatible with the words «in fact» found in paragraph 2 of article 559 C.C.Q.

The writers also discuss the discretionary power of the courts to refuse eligibility for adoption, even in cases where it is acknowledged that all legal preconditions for eligibility have been met. Moreover, they question the validity of the controversial theory proposed by the Court of Appeal regarding the «impossibility» for intellectually-challenged persons to fulfill their parental duties. The article concludes by reviewing approaches which may facilitate the legal and social taking in hand of an abandoned child.

-
1. Avocat et chef de service du contentieux des Centres jeunesse de la Montérégie.
 2. Avocat et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	33
CHAPITRE I L'ÉVOLUTION DE LA NOTION D'ABANDON DANS UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION	37
Section 1 L'étude des conditions objectives permettant de conclure à l'abandon d'un enfant.	37
A) La signification de l'expression «assumer le soin, l'entretien ou l'éducation».	38
1) Les sens commun et juridique des termes «soin», «entretien» et «éducation».	38
2) Quelques précisions apportées par les tribunaux.	39
B) Les diverses interprétations de l'expression « <i>ne pas assumer de fait le soin, l'entretien ou l'éducation</i> » de l'enfant.	42
1) L'analyse objective du comportement des parents, indépendante de l'élément intentionnel.	44
2) L'évaluation de l'attitude des parents pondérée par certaines circonstances affectant leurs capacités parentales ou l'exécution de leurs devoirs.	46
a) L'obligation des parents d'exercer l'autorité parentale pendant le placement de l'enfant et de prendre les moyens pour faire cesser la situation de compromission.	47
b) L'évaluation des « <i>capacités restantes</i> » des parents déficients intellectuels ou atteints de maladie mentale.	49
c) Les agissements des délégués du directeur de la protection de la jeunesse faisant obstacle à l'exercice de l'autorité parentale.	52
d) L'influence des gestes posés par les parents après la signification d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption.	57

(1994-95) 25 R.D.U.S.	<i>L'interprétation de l'abandon et de la probabilité de reprise en charge de l'enfant dans une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption</i>	29
-----------------------	---	----

Section 2 L'interprétation subjective de la situation des parents pour excuser l'inexécution de leurs obligations. 58

- A) Les motifs acceptés pour excuser l'inexécution des obligations parentales. 58
 - 1) L'obligation «*d'assumer de fait*» les devoirs parentaux dénaturée par l'acceptation de circonstances indépendantes des besoins de l'enfant. 60
 - 2) L'étendue des devoirs parentaux évaluée à partir des «*capacités restantes*» du parent mentalement inapte. 62
 - 3) L'abandon involontaire comme justification du défaut d'assumer de fait les devoirs parentaux. 64
- B) Le rejet de la condition de l'abandon intentionnel ou fautif et l'acceptation limitée de certaines circonstances respectant les besoins de l'enfant. 70
 - 1) La position de la Cour d'appel fondée sur la lettre et l'esprit de la loi. (Juge Vallerand) 71
 - 2) La position ambiguë de la Cour d'appel fondée sur le concept «*d'impossibilité*», le risque d'un nouveau dérapage. (Juge Baudouin) 73
 - 3) L'application récente par les tribunaux des critères de «*l'inaction parentale*» et de «*l'absence de liens significatifs avec l'enfant*». 79

CHAPITRE II LES DIVERSES INTERPRÉTATIONS DES CONDITIONS D'UNE VÉRITABLE PROBABILITÉ DE REPRISE EN CHARGE DE L'ENFANT. 83

Section 1 Les excuses parentales acceptées pour renverser la présomption d'improbabilité de reprise en charge. 84

Section 2 Les capacités parentales évaluées en corrélation avec les besoins particuliers de l'enfant. 89

- A) La possibilité d'une véritable reprise en charge par les parents. 93
 - 1) Un projet précis, structuré et vraisemblable pour reprendre la garde physique de l'enfant. 94

2)	Les motifs de l'absence des parents dans la vie de l'enfant et les changements significatifs apportés pour mettre fin à la situation d'abandon.	95
3)	Les acquis personnels des parents, distincts des acquis relatifs à leur capacité parentale.	96
4)	L'incidence des manifestations des parents après la signification d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption.	96
B)	La possibilité réelle pour l'enfant d'être repris en charge.	98
1)	La durée de l'absence des parents de la vie de l'enfant.	98
2)	Les réactions de l'enfant à l'égard des parents.	99
3)	L'absence d'une relation affective significative entre les parents et l'enfant.	100
4)	L'existence de liens significatifs entre l'enfant et sa famille affective d'accueil.	100
5)	Les besoins particuliers de l'enfant.	101
6)	La non-pertinence du fait pour les parents de s'occuper déjà d'un autre enfant.	101

CHAPITRE III LE RÔLE DU CRITÈRE DE L'INTÉRÊT DE L'ENFANT DANS UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION

..... 103

Section 1	Le critère de l'intérêt de l'enfant pour apprécier l'abandon et la probabilité de reprise en charge.	104
A)	Les textes de lois relatifs à l'intérêt de l'enfant appliqués en matière d'adoption.	105
B)	La notion de l'intérêt de l'enfant interprétée dans sa globalité par les tribunaux.	109
C)	L'utilisation de l'intérêt de l'enfant pour déterminer s'il y a abandon ou probabilité de reprise en charge.	114
1)	L'exclusion de l'intérêt de l'enfant pour déterminer le statut de l'enfant adoptable ou non.	115
2)	Le recours au critère de l'intérêt de l'enfant pour déterminer si les conditions pour le déclarer adoptable sont remplies.	116

Section 2 L'ajout du critère de l'intérêt de l'enfant comme une troisième condition, indépendante des deux autres, avant de prononcer l'admissibilité à l'adoption. 121

- A) La discrétion judiciaire pour déclarer l'enfant adoptable fondée sur l'interprétation du terme «peut». 122
- B) La discrétion judiciaire fondée sur le critère de l'intérêt de l'enfant considéré comme une règle autonome, pour refuser l'admissibilité à l'adoption. 127
 - 1) L'encadrement juridique de la discrétion judiciaire pour refuser de déclarer l'enfant adoptable. 128
 - 2) Le risque de dénaturer le critère de l'intérêt de l'enfant en faisant appel à des «considérations» étrangères aux besoins de l'enfant 135
 - a) La conduite des travailleurs sociaux. 136
 - b) Les droits de visite postérieurs au jugement d'adoption : une autre forme d'adoption ouverte? 137
 - c) L'âge de l'enfant adoptable. 143
 - d) L'adoption interracial ou l'origine culturelle. 145
 - e) La reprise en charge par la famille élargie. 146

CHAPITRE IV LE CHOC DES CONCEPTIONS JURIDIQUES ET CLINIQUES DANS LE PROCESSUS CONDUISANT À LA PRÉSENTATION D'UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION 150

Section 1 Les difficultés identifiées à partir des conceptions sociales prévalant dans l'évaluation de la situation de l'enfant. 151

- A) Le conflit de loyauté de l'intervenant social à l'égard des parents défaillants. 152
- B) L'intervention sociale fondée sur la primauté de l'intérêt de l'enfant. 153

Section 2	Les difficultés d'arrimage de l'intervention sociale avec l'intervention judiciaire.	153
A)	La nécessité d'un dépistage précoce.	153
B)	La nécessité d'aviser rapidement les parents défailants des conséquences de leur inaction parentale.	157
C)	Les mesures de protection requises pour réaliser un projet de vie pour l'enfant.	158
D)	L'impact d'un jugement de protection sur le processus judiciaire conduisant au jugement d'admissibilité à l'adoption.	159
E)	Le devoir du directeur de la protection de la jeunesse de dévoiler les éléments favorables ou défavorables à la demande d'admissibilité à l'adoption.	161
F)	La mise en garde de la Cour d'appel de ne pas considérer l'adoption comme une panacée universelle cadre-t-elle avec la réalité de l'enfant abandonné?	162
CONCLUSION	163

INTRODUCTION

La réforme du droit familial¹, en vigueur depuis 1981, consacre l'évolution jurisprudentielle qui faisait de l'enfant un véritable sujet de droit². L'article 33 C.c.Q. affirme que l'intérêt de l'enfant constitue la pierre angulaire de toutes les décisions prises à son sujet. Le nouvel article 32 C.c.Q., qui reprend l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*³, reconnaît expressément le droit pour l'enfant d'avoir des parents qui s'occupent de lui.

La *Loi sur la protection de la jeunesse* édicte que les parents restent les premiers responsables de l'enfant⁴, et précise que s'il n'est pas possible de retourner l'enfant protégé dans son milieu familial, on doit chercher à lui assurer la *continuité* et la *stabilité* en le plaçant dans un *milieu familial normal*, compte tenu de ses besoins et de son âge⁵.

Bref, toutes ces dispositions énoncent que l'enfant a le droit de bénéficier d'un milieu familial afin que ses parents, ou des tiers agissant à ce titre, se préoccupent de ses «*besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques*»⁶. Lorsque les parents ne peuvent ou ne veulent plus, peu important les motifs, s'occuper de façon concrète de leur enfant, il est fréquent que le directeur de la protection de la jeunesse doive prendre sa situation en charge pour lui fournir un milieu familial substitut.

Le directeur de la protection de la jeunesse⁷ doit également s'interroger sur le choix d'un projet de vie pour l'enfant dont les parents ont cessé d'en assumer le soin, l'entretien ou l'éducation. Tout dépendant de son âge, de sa situation

-
1. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, mis en vigueur le 2 avril 1981, 1980 L.Q. c. 39. Le nouveau droit de la famille a été repris, avec certaines modifications, par le nouveau Code civil du Québec mis en vigueur le 1er janvier 1994.
 2. Art. 32 à 34 C.c.Q.
 3. L.R.Q., c. C-12, art. 39.
 4. L.R.Q., c. P-34.1, art. 2.2. Voir aussi, art. 599 C.c.Q.
 5. L.R.Q., c. P-34.1, art. 4. Cet article réfère à la continuité des soins et la stabilité des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge.
 6. Voir, à ce sujet, l'article 33 al. 2 C.c.Q. et 3 al. 2 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.
 7. L.R.Q., c. P-34.1, art 32, 38, 51.

antérieure, le placement d'un enfant à plus ou moins long terme dans une famille d'accueil ne doit constituer une alternative que *lorsqu'on ne peut faire autrement*. En effet, ce n'est pas la meilleure solution pour l'enfant puisque la famille d'accueil ne lui offre que des parents temporaires. C'est pourquoi, nous devons nous demander si l'adoption ne serait pas la mesure la plus appropriée pour lui fournir de nouveaux parents affectifs permanents⁸. Ajoutons que la quasi-totalité des enfants, dont la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption est fondée sur l'abandon au sens du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q, sont déjà pris en charge par le directeur de la protection de la jeunesse. Il est donc naturel de lui confier la responsabilité de vérifier si l'adoption constitue pour l'enfant abandonné la solution la plus adéquate pour répondre à ses besoins.

Le législateur, *préoccupé par l'inquiétant phénomène des abandons tacites*, estime que le *droit pour l'enfant d'avoir une famille afin d'y développer des liens affectifs stables* permet de le faire déclarer admissible à l'adoption. Il répond ainsi à l'état d'incertitude vécu par de nombreux enfants abandonnés dans les faits, en confiant aux intervenants sociaux et judiciaires la responsabilité d'assurer le respect des droits de l'enfant en lui accordant la possibilité de s'identifier de façon permanente à une nouvelle famille affective lorsque ses parents ne maintiennent plus de liens avec lui, ou sont inaptes à le faire.

L'adoption devient donc, en matière de protection de la jeunesse, comme dans les autres situations, une façon privilégiée par le législateur de venir au secours de l'enfant, comme en fait foi le délai relativement court qu'il pose pour déterminer s'il y a abandon. *Il prend ainsi position en faveur de l'adoption de l'enfant auquel il veut procurer la continuité et la stabilité dans une société où ces deux éléments sont devenus plus que jamais essentiels à son intégration au monde des adultes.*

Le législateur pose deux conditions d'admissibilité à l'adoption qui visent à éviter toute injustice à l'égard des parents et à permettre à l'enfant de bénéficier

8. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 72. 1. Le paragr. 5 de l'article 2.4 de cette loi indique que les intervenants doivent agir avec diligence, compte tenu que la notion de temps chez l'enfant est différente de celle des adultes. Cette disposition située dans le chapitre sur les «Principes généraux et droits des enfants» s'applique aussi à l'adoption qui relève du directeur de la protection de la jeunesse.

d'un milieu familial affectif de substitution dans des délais raisonnables. *La première, l'abandon*, repose sur le constat factuel de l'inexécution des principaux devoirs parentaux décrits par les vocables «soin, entretien ou éducation» au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. Cette première condition satisfaite fait naître une présomption d'improbabilité de reprise en charge résultant du défaut d'assumer *de fait* le soin, l'entretien ou l'éducation de leur enfant, soit par désintérêt, soit par inaptitude mentale ou intellectuelle des parents. *La deuxième condition* permet de vérifier si la *reprise en charge* de l'enfant par les parents est possible en leur offrant l'opportunité de renverser la présomption d'improbabilité, édictée à l'article 561 C.c.Q., pour faire obstacle à l'admissibilité à l'adoption.

Les deux conditions préalables à l'admissibilité à l'adoption ont donné naissance à diverses tendances, tantôt pour donner effet à la volonté du législateur de procurer à l'enfant des parents désireux de s'en occuper, tantôt pour refuser de déclarer l'enfant adoptable afin de maintenir des liens affectifs parfois plus apparents que réels ou des liens biologiques avec les parents d'origine et ce, à partir de constructions juridiques qui ne correspondent pas, le plus souvent, à la réalité vécue par l'enfant.

Nous allons d'abord traiter, dans le *premier chapitre*, de l'évolution jurisprudentielle de la notion d'abandon à partir de l'analyse des diverses interprétations des conditions d'abandon énoncées dans le paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q.⁹ Nous aborderons ensuite, dans le *deuxième chapitre*, l'étude des conditions relatives à la probabilité d'une réelle reprise en charge de l'enfant pour renverser la présomption d'improbabilité édictée à l'article 561 C.c.Q.¹⁰ Nous examinerons, dans le *troisième chapitre*, dans quelle mesure les tribunaux utilisent le critère de l'intérêt de l'enfant pour vérifier s'il y a eu abandon et déterminer la vraisemblance de la probabilité de la reprise en charge proposée

9. Art. 559. «Peut être judiciairement déclaré admissible à l'adoption :

...
Alinéa 2 L'enfant dont ni les père et mère ni le tuteur n'ont assumé de
fait le soin, l'entretien ou l'éducation depuis au moins six
mois;»
...

10. Art. 561. «L'enfant ne peut être déclaré admissible à l'adoption que s'il est improbable que son père, sa mère ou son tuteur en reprenne la garde et en assume le soin, l'entretien ou l'éducation. Cette improbabilité est présumée».

par les parents¹¹. On se demandera également si ce critère peut constituer un élément distinctif et autonome¹² pour refuser la déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption lorsque toutes les autres conditions sont remplies.

Le *quatrième chapitre* est consacré au processus conduisant à la présentation d'une déclaration d'admissibilité à l'adoption. Avec comme toile de fond l'ordonnance de protection préexistante, le choc des conceptions juridiques et cliniques est inévitable. En effet, au-delà des idéologies et des conceptions judiciaires résultant de l'application de la loi, nous verrons que la manière d'enclencher le processus de l'adoption, en regard des gestes posés antérieurement par les intervenants sociaux, peut influencer les tribunaux au point de créer parfois des insatisfactions profondes de part et d'autre. Nous ferons donc état des difficultés concrètes d'arrimage entre l'intervention sociale et l'intervention judiciaire en nous demandant comment améliorer la dynamique prévalant en matière d'adoption lorsqu'il s'agit d'un enfant en voie d'être abandonné.

Nous consacrons une étude élaborée à la déclaration d'admissibilité à l'adoption *fondée sur l'abandon* parce que la majorité des conflits en matière d'adoption résultent de l'inaction parentale qui permet aux tribunaux de substituer une décision judiciaire au consentement parental.

CHAPITRE I L'ÉVOLUTION DE LA NOTION D'ABANDON DANS UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMIS- SIBILITÉ À L'ADOPTION

L'abandon est fondé sur le constat suivant : le défaut «*d'assumer de fait le soin, l'entretien ou l'éducation depuis au moins six mois*». Il repose donc sur

11. Art. 543. «L'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi.

Elle ne peut avoir lieu pour confirmer une filiation déjà établie par le sang.»

12. Art. 33. «Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.»

l'inexécution concrète des devoirs parentaux pendant un délai déterminé. Pourtant, cette condition, en apparence simple, est porteuse de toutes sortes de difficultés. Quand peut-on dire que les parents assument *de fait*? Faut-il tenir compte des excuses parentales? Doit-on assumer «beaucoup» ou si «un peu» suffit? Doit-on tenir compte des influences extérieures sur la relation entre les parents et leur enfant? Le tribunal possède-t-il une certaine discrétion en dépit du constat de l'inexécution des devoirs parentaux? Doit-il s'agir d'un abandon intentionnel? Les circonstances particulières de l'abandon doivent-elles être évaluées à partir de la situation vécue par l'enfant ou celle de ses parents? Voilà autant de questions auxquelles nous allons chercher à répondre, en nous s'inspirant de l'esprit de la loi pour expliquer les différentes règles relatives à l'admissibilité à l'adoption. Notre exposé est fondé sur le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant, dont celui d'avoir une famille affective et non seulement une famille nourricière ou d'accommodement.

Nous allons analyser successivement les diverses interprétations données par les tribunaux et la doctrine à propos de la *nécessité d'assumer de fait* les devoirs parentaux, soit pour accepter de déclarer adoptable l'enfant abandonné, soit pour refuser.

Section 1 L'étude des conditions objectives permettant de conclure à l'abandon d'un enfant.

Donnons d'abord quelques précisions sur le contenu des termes «soin, entretien ou éducation», avant de nous interroger sur la portée des termes «ne pas assumer de fait» et sur les théories avancées pour en expliquer le sens, le contenu et l'étendue. C'est ainsi qu'on propose divers fondements pour conclure ou non à l'abandon, tantôt en faisant valoir l'intérêt de l'enfant, tantôt en l'excluant pour ne tenir compte que des circonstances particulières favorables aux parents et indépendantes de la situation vécue par l'enfant.

A) La signification de l'expression «assumer le soin, l'entretien ou l'éducation».

Nous allons tenter de circonscrire le contenu des termes utilisés par le législateur au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. Cette étude préliminaire nous

permettra de déterminer plus facilement si les parents ont rempli suffisamment ou non les devoirs «de soin, d'entretien ou d'éducation».¹³

1) Les sens commun et juridique des termes «soin», «entretien» et «éducation».

On définit le mot «*soin*», en relation avec une personne, comme signifiant *s'occuper du bien-être de celle-ci*¹⁴. Le mot «*entretien*» signifie ce qui est nécessaire à l'existence matérielle d'un individu, d'une collectivité et le fait de pourvoir à ces besoins¹⁵; et, enfin, le mot «*éducation*» concerne la mise en oeuvre des moyens propres à assurer la formation et le développement d'un être humain. L'éducation a pour objet non seulement le développement intellectuel, mais aussi la formation physique et morale nécessaire à l'adaptation sociale¹⁶.

Les notions de «soin», «entretien» ou «éducation» énoncées au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. font référence aux attributs découlant de l'autorité parentale énumérés à l'article 599 C.c.Q. Le mot «soin» n'étant pas utilisé dans cet article, la doctrine générale ne nous éclaire pas sur le sens à donner à ce terme. Par contre, à propos du mot «*entretien*», les auteurs Marty et Raynaud écrivent :

«Le devoir d'entretien est, dans une large mesure, un devoir alimentaire par son objet qui comporte la satisfaction des besoins au service desquels l'obligation alimentaire a été organisée [...] Le devoir d'entretien a un sens plus précis et peut comporter des obligations particulières comme par exemple, la surveillance de la santé...

13. Toutefois, le contenu de ces obligations devient sans objet, comme nous le verrons, lorsqu'on invoque la théorie de l'abandon involontaire, ou de l'impossibilité pour les parents de remplir leurs devoirs, pour refuser de déclarer adoptable l'enfant abandonné.

14. P. ROBERT, *Le Grand Robert de la langue française*, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, Le Robert, 2e édition, tome VIII, édition mise à jour par A. REY, 1989, p. 818.

15. *Id.*, tome IV, p. 20.

16. *Id.*, tome III, p. 795.

L'entretien ne consiste pas seulement à fournir des subsides, il implique une activité quotidienne et des soins personnels. *Souvent on y rattache aussi l'éducation.*»¹⁷

Quant au devoir d'éducation, ces derniers estiment que :

«... cette éducation doit être comprise au sens large, il s'agit non seulement de l'instruction et de la formation professionnelle, mais aussi de la formation morale et éventuellement civique et religieuse.»¹⁸

2) Quelques précisions apportées par les tribunaux.

Les tribunaux n'ont pas jugé nécessaire de définir de façon précise les mots «soin», «entretien» ou «éducation» dans le cadre d'une demande d'admissibilité à l'adoption. Ainsi, ils ont déjà déclaré que le paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. reprenait le contenu de l'article 599 C.c.Q. traitant des devoirs parentaux et que le libellé des deux articles référerait aux mêmes concepts juridiques¹⁹. On a également indiqué, sans en tirer de conclusion particulière, que l'article 599 C.c.Q. contenait plus d'éléments que n'en mentionnait le paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. et que le premier utilisait le «et» conjonctif et le second le «ou» disjonctif²⁰ concernant les devoirs «d'entretien» et «d'éducation».

On a cherché aussi à délimiter la portée des devoirs parentaux prévus à l'article 559 C.c.Q. en considérant qu'ils forment un tout cohérent n'ayant pour

17. G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, 3e éd., *Les personnes*, Paris, Sirey, 1976, p. 271. (Les italiques sont de nous.) Voir aussi M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1995, p. 218. L'auteur écrit que : «En principe, on peut dissocier le devoir d'entretien de celui de l'éducation : l'entretien revêt un aspect matériel alors que l'éducation est d'ordre intellectuel.»

18. Voir G. MARTY et P. RAYNAUD, *id.*, p. 291. Voir aussi M. OUELLETTE, *supra*, note 17, p. 227. L'auteur propose une notion large du terme «éducation» : «... comprend "l'instruction" et l'enseignement des principes fondamentaux de morale. Si les parents ont, en définitive, peu de contrôle sur le système scolaire, les programmes, le choix des enseignants, ils ont le droit d'exiger qu'un minimum soit dispensé à leur enfant. Ils s'assurent que l'enfant fréquente l'école, qu'il devient responsable, qu'il apprend les règles essentielles à la vie en société. Ils ont le droit de choisir l'école.»

19. *Protection de la jeunesse*, T. J. Longueuil, 505-43-000058-865, 16 octobre 1987, p. 22.

20. *Droit de la famille* - 231, [1985], T. J. 2044, p. 2049.

finalité ultime que le bien-être de l'enfant. Ainsi, le Tribunal de la jeunesse a précisé que le fait d'assumer le «soin» et «l'entretien» d'un enfant :

«[...] ne peut uniquement se résumer à une question de secours financier. *C'est bien plus une attitude globale d'une personne dans ses relations avec son fils* en vue d'assurer un lien d'amour, d'éducation et un soutien vers la maturité, que ce soit par l'aide personnelle ou financière...»²¹

Dans une affaire plus récente, on s'appuie sur la conjonction «ou» pour soumettre au tribunal que si le parent assume l'une des trois responsabilités soit l'entretien, soit le soin, soit l'éducation de son enfant, il assume ses responsabilités au sens du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. En l'espèce, la preuve révèle que la mère des enfants n'avait aucunement assumé ni l'éducation ni le soin de ces derniers depuis plusieurs années; toutefois, elle avait assumé leur entretien en acquittant ou faisant acquitter les contributions parentales exigibles en raison de leur placement en famille d'accueil. Le tribunal rejette cette distinction pour les motifs suivants :

«... le tribunal ne croit pas que l'assumption (sic) de la responsabilité parentale est une question d'additionner, multiplier ou diviser certains critères *ou* se demander si le mot "ou" est plutôt conjonctif que disjonctif. *Il faut plutôt analyser l'ensemble des responsabilités qu'assume un parent dans une situation donnée.*»²²

Le tribunal, après avoir rappelé que l'article 599 C.c.Q. énonce un ensemble de critères relatifs à la responsabilité parentale, estime que les critères «soin» et «éducation», ont :

«une connotation de "lien personnel et intime, de relation humaine, de communication directe, chaleureuse et affective" et non pas seulement une connotation de "responsabilité", comme ça semble être dans le critère "entretien".»²³

21. *Adoption - 15*, (1982) T.J. 2003, p. 2006. Voir aussi, *Droit de la famille - 362*, (1987) 2 R.J.Q. 1215 (T.J.), p. 1217. (Les italiques sont de nous.)

22. (1993) R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 455.

23. (1993) R.D.F., 451 (C. de la J.), p. 455. (Les guillemets sont dans le texte.)

Enfin, une décision récente de la Cour d'appel rappelle le devoir de vérifier «*si, à partir des faits de chaque espèce, le parent assume l'essentiel de la charge même s'il est à l'écart du quotidien*»²⁴ de l'enfant. De ce bref survol doctrinal et jurisprudentiel, on peut conclure au sujet des obligations particulières de «soin», «entretien» ou «éducation», qu'elles forment, comme l'ensemble des obligations parentales énoncées à l'article 599 C.c.Q., «... un tout cohérent qui a pour but de permettre aux parents de s'acquitter de leurs responsabilités envers leurs enfants et de permettre à ceux-ci d'évoluer favorablement jusqu'à l'âge adulte.»²⁵ Le législateur, utilisant ces trois critères, réfère à la conduite ou au comportement global des parents. En effet, le terme «soin» employé au singulier signifie «s'occuper de»²⁶, «veiller à» ou encore «être attentif à»²⁷. Cette expression est suffisamment large pour inclure l'ensemble des obligations parentales. L'ajout des termes «entretien» ou «éducation» ne constitue que des guides généraux : ils servent à établir si les parents, eu égard aux circonstances de chaque situation, se sont occupés suffisamment de leur enfant à partir des gestes posés dont l'importance ou la fréquence sont déterminantes pour dire qu'ils ont assumé leurs responsabilités. C'est ce qu'il faut entendre par «toute décision doit être prise dans l'intérêt de l'enfant». Ainsi, l'intérêt de l'enfant «s'apprécie en regard de la satisfaction de ses besoins physiques, affectifs, intellectuels et spirituels»²⁸, en tenant compte de la «situation émotive» de l'enfant placé chez des tiers par ses parents qui ne peuvent pas ou ne veulent pas assumer de façon continue leurs obligations²⁹.

24. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 631.

25. R. JOYAL, *Précis de droit des jeunes*, 2e éd., t. 1, Le Code civil, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1994, p. 63, no 232. (Les italiques sont de nous.)

26. Voir plus haut le sens du mot «soin».

27. Voir, à ce sujet, Le petit Larousse illustré, 1995.

28. *Droit de la famille - 198*, [1985] C.S. 397. Cet extrait est tiré du résumé de l'arrêt. Voir, à ce sujet, la page 399 et l'arrêt *In re Goyette : Centre de services sociaux du Montréal métropolitain*, [1983] C.S. 429, p. 434.

29. *Id.*, p. 400. Cette décision porte sur une demande de garde par les parents de leurs enfants placés en famille d'accueil depuis 6 ans. On constate que, peu importe le litige, le fait d'assumer ou non les obligations parentales doit être évalué à partir des besoins de l'enfant.

B) Les diverses interprétations de l'expression «ne pas assumer de fait le soin, l'entretien ou l'éducation» de l'enfant.

Les tribunaux ont souvent interprété de façon objective la condition «ne pas assumer de fait» les devoirs parentaux prévue à l'article 559 C.c.Q. en analysant le comportement des parents à l'égard de leur enfant. L'examen des gestes concrets posés par ces derniers permet de vérifier dans quelle mesure ils ont assumé ou non leurs devoirs. Cette interprétation les a conduits à déterminer que l'élément intentionnel ne devait pas être pris en considération. En d'autres termes, les motifs justifiant l'inaction parentale n'avaient pas d'importance. Seule la preuve de s'être occupé de fait de l'enfant devait être considérée.

L'analyse objective de l'attitude des parents n'exclut pas, toutefois, l'examen de certaines circonstances. En effet, on constate, dans la quasi-totalité des demandes en déclaration d'admissibilité à l'adoption soumises aux tribunaux, que la prise en charge par le directeur de la protection de la jeunesse comporte des restrictions quant à l'exercice de certains attributs de l'autorité parentale.³⁰ En outre, les aptitudes des parents sont parfois limitées, soit en raison d'une déficience intellectuelle ou d'une maladie mentale. Dans ces hypothèses, les tribunaux ont cherché à évaluer à partir de ces circonstances, si les parents, compte tenu de leurs capacités parentales restreintes, s'étaient «suffisamment» occupés de l'enfant pour faire obstacle à la déclaration d'admissibilité à l'adoption. Enfin, les tribunaux ont également pris en considération les agissements du directeur de la protection de la jeunesse lorsqu'ils ont eu pour effet d'empêcher l'exercice de l'autorité parentale.

Cependant, le fait de considérer certaines circonstances dans l'évaluation objective de l'exercice partiel de l'autorité parentale comporte le risque de dénaturer la portée de la condition énoncée au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. Les tribunaux en sont ainsi arrivés à excuser les parents du défaut d'assumer leurs responsabilités à l'égard de leur enfant par leur vie personnelle difficile, perturbée ou malheureuse ou par leur inaptitude mentale. À l'origine, ce courant

30. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1. L'article 91, deuxième alinéa, paragr. (b) énonce : «Le tribunal peut, en outre : retirer aux parents l'exercice de certains droits de l'autorité parentale...»

jurisprudentiel très minoritaire, bien que soutenu par un auteur³¹, a pris une certaine ampleur à la suite d'une décision rendue en ce sens par la Cour d'appel³².

Mais, en 1992, la Cour d'appel sonne le glas de cette théorie³³, en déclarant que la portée de la règle de l'article 559 C.c.Q. ne consiste pas à juger ou à sanctionner la conduite des parents, mais plutôt à répondre, à partir de l'analyse d'une situation factuelle, à la question suivante : *Ont-ils oui ou non assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation à l'égard de leur enfant dans les six mois précédant la demande d'admissibilité à l'adoption?* Les tribunaux doivent dès lors, dans chaque cas d'espèce, apprécier avec prudence et discernement les circonstances concrètes et la manière ponctuelle dont les parents ont assumé leurs devoirs parentaux. La Cour d'appel précise que le handicap mental du parent ne constitue pas en soi un motif d'admissibilité à l'adoption, mais elle ajoute qu'il ne faut en déduire que l'existence d'un tel handicap empêche automatiquement de déclarer l'enfant adoptable.

Examinons comment les diverses interprétations données par les tribunaux ont donné naissance à des conceptions opposées sur l'obligation parentale «d'assumer de fait».

1) L'analyse objective du comportement des parents, indépendante de l'élément intentionnel.

Le Tribunal de la jeunesse proposait, en 1985, la définition suivante de l'expression «*de fait*» :

«L'expression "*de fait*" signifie véritablement, réellement et démontre la volonté expresse du législateur de matérialiser les droits et les obligations des parents en gestes concrets à l'égard de l'enfant. La paternité et la maternité ne sont pas des situations statiques, mais elles consistent en des relations dynamiques qui

31. S. PILON, «L'abandon de l'enfant, motif de déchéance de l'autorité parentale et déclaration d'adoptabilité», [1987] R.D.F. 375.

32. *Droit de la famille* - 256, [1988] R.D.F. 397 (C.A.).

33. *Droit de la famille* - 1544, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.).

permettent à l'enfant dans son vécu quotidien, de trouver réponse à ses besoins et à ses attentes.»³⁴

Les tribunaux ont par la suite continué à préciser la portée de cette définition, notamment en déclarant que le paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. vise une situation matérielle d'où l'élément intentionnel est exclu, en déclarant :

«... C'est une question objectivement analysable. Et le résultat de cette analyse ne saurait être mis de côté, au motif qu'il existerait une exception, soit l'incapacité des parents pour cause de maladie ou pour toute autre cause de remplir ces obligations (le parent, dans l'espèce, souffrait d'une maladie mentale sérieuse). Le législateur n'a pas édicté pareille exception; la présumer du texte serait sûrement agir *de lege ferenda*. Tout au plus, l'analyse des faits matériels peut-elle être "pondérée" en fonction de la capacité des parents, mais répétons-le, l'incapacité de ceux-ci, même pour cause de maladie, ne saurait mettre en échec l'application des prescriptions claires et univoques du Code civil du Québec.»³⁵

Dans une autre affaire, le père indique qu'il a cessé tout contact avec ses deux filles parce qu'il ne voulait pas détruire l'image qu'elles avaient de lui. Le tribunal, faisant état de l'unanimité de la jurisprudence sur l'absence de l'élément intentionnel à l'article 559 C.c.Q., décide qu'il faut examiner essentiellement la réalité vécue par l'enfant. Il ajoute qu'une personne peut ne pas vouloir abandonner son enfant, mais que l'inaction parentale finira par en faire un enfant

-
34. *Protection de la jeunesse*, T. J. Québec, 200-43-000051-843, 25 janvier 1985, p. 6; la définition proposée dans cet arrêt fut reprise et appliquée dans un grand nombre de décisions du tribunal au nombre desquelles on retrouve, à titre d'illustration, *Droit de la famille - 231*, [1985] T.J. 2044, p. 2049; *Protection de la jeunesse - 635*, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 456; *Droit de la famille - 256*, [1986] R.J.Q. 139 (T.J.), p. 143; *Droit de la famille - 1101*, [1987] R.D.F. 244 (T.J.), p. 248; *Droit de la famille - 388*, [1987] R.D.F. 285 (T.J.), p. 290; *Droit de la famille - 1528*, [1992] R.D.F. 103 (C. de la J.), p. 109.
35. *Droit de la famille - 256*, [1986] R.J.Q. 139 (T.J.), p. 144.; cette décision fut renversée par la Cour d'appel à *Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.); puis, la décision initiale du Tribunal de la jeunesse, qui avait décidé, au plan des principes, qu'il n'avait pas à apprécier le caractère volontaire ou non de l'abandon, fut réhabilitée en 1992 lorsque la Cour d'appel eut à statuer de nouveau sur cette question. Voir à ce sujet, *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.). (Les parenthèses sont de nous.)

abandonné.³⁶ En effet, il importe peu de savoir pourquoi les parents, pourtant adéquats et constants dans leur relation avec un autre de leurs enfants également placé en famille d'accueil³⁷, n'ont presque pas eu de contacts avec l'enfant visé par une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. Seule l'analyse de la situation du point de vue de l'enfant doit être prise en considération³⁸

L'appréciation de l'abandon à partir de l'enfant est en harmonie avec la position de la Cour suprême qui a décidé, il y a déjà fort longtemps, que l'autorité parentale existe au profit des enfants.³⁹

En terminant sur le sens des termes «de fait», il est toujours intéressant de rappeler le droit antérieur qui imposait aussi aux parents «d'assumer de fait le soin, l'entretien ou l'éducation»⁴⁰. À ce propos, le Tribunal de la jeunesse avait déjà en 1979, interprété l'expression «de fait» comme ayant une «*portée et un sens pratique*». Elle signifiait que la preuve devait démontrer «*de façon prépondérante que l'intimé a fait le maximum pour entretenir avec son enfant un lien privilégié sur les plans affectif, éducationnel et pécuniaire pour son plein épanouissement tant moral et social qu'intellectuel et physique*»⁴¹. Cette

36. *Droit de la famille - 1101*, [1987] R.D.F. 244 (T.J.), p. 250; cette façon d'analyser la preuve sous l'article 559 paragr. 2 C.c.Q. fut reprise dans *Protection de la jeunesse*, T.J., Longueuil, 505-43-000058-865, 16 octobre 1987 : le tribunal déclare, à la page 22, que «*lorsque le tribunal doit apprécier les faits, il doit non seulement les examiner à l'égard des parents mais aussi en relation avec l'enfant qui est le créancier de ce droit*». Voir aussi, à ce sujet, *Droit de la famille - 198*, [1985] C.S. 397, p. 400.

37. Le placement des enfants a été fait conformément à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 91(j).

38. *Protection de la jeunesse*, T.J. Québec, 200-43-000117-867, 3 juillet 1987, p. 6. Le tribunal avait accordé aux parents des droits de visite. Les motifs pour ne pas assumer ses devoirs sont multiples, volontaires ou involontaires, mais cela importe peu.

39. *Dugal c. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501, p. 510. Dans cet arrêt, la Cour suprême déclare : «... qu'il est maintenant admis par la doctrine que les droits et pouvoirs du père et de la mère sur la personne des enfants mineurs ne leur sont accordés que comme conséquence des lourds devoirs qu'ils ont à remplir et n'ont d'autre but que de leur rendre possible l'entretien et l'éducation de l'enfant. C'est pour la protection de l'enfant que l'autorité "parentale" existe.» Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde, Réalité ou apparence*, Sherbrooke, Les Éditions R.D.U.S., 1978, pp. 16 à 18 et 49.

40. *Loi sur l'adoption*, L.R.Q., c. A-7, art. 6(b) et 7(d).

41. *A. et B. et C. et D.*, T.J., Montréal, 500-43-000254-79, 19 septembre 1979, p. 4.

tendance exclut toute pondération en faveur des parents n'ayant pas exécuté leurs devoirs parentaux.

2) L'évaluation de l'attitude des parents pondérée par certaines circonstances affectant leurs capacités parentales ou l'exécution de leurs devoirs.

Une jurisprudence constante indique que les tribunaux doivent tenir compte, dans l'appréciation de la conduite des parents, de l'existence d'un jugement déjà rendu en protection de la jeunesse. Toutefois, ces derniers ne peuvent pas invoquer les limites posées par les tribunaux à leurs attributs parentaux pour justifier leur inaction parentale.

a) L'obligation des parents d'exercer l'autorité parentale pendant le placement de l'enfant et de prendre les moyens pour faire cesser la situation de compromission.

Les parents doivent exercer de façon tangible les responsabilités qu'il leur reste afin de maintenir un lien affectif significatif avec leur enfant; corrélativement, le maintien de ce lien implique une participation active des parents au plan d'intervention sociale visant à mettre fin à la situation de compromission ayant justifié sa mise sous protection. Rappelons brièvement comment les tribunaux ont précisé les obligations parentales dans diverses situations de placement de l'enfant chez des tiers.

Le devoir des parents de s'occuper de leur enfant dont la situation est prise en charge par le directeur de la protection de la jeunesse subsiste et ils doivent agir en conséquence. C'est ainsi que les tribunaux ont clairement pris position à cet égard en énonçant la théorie suivante :

«Il est évident qu'une ordonnance en protection peut réduire ou restreindre l'exercice de certains droits de l'autorité parentale. Il reste tout de même des obligations dont les parents demeurent investis et qu'ils doivent respecter. À titre d'exemple, signalons l'obligation d'entretien, l'obligation de surveillance et de contrôle, l'obligation d'éducation, l'intérêt qu'ils démontrent au développement de leur enfant et le respect de ses besoins, etc.

Il convient donc de scruter plus avant la conduite des parents, ce qui a amené pareilles situations afin de voir si ces parents ont tenté de remédier à leur conduite. Il faut que les parents fassent disparaître les causes qui ont amené la suspension de leur droit, sinon on pourra le leur reprocher et conclure qu'ils n'ont pas rempli leurs obligations; il leur faut donc poser des gestes concrets, matériels, objectivement et extérieurement identifiables, et non pas dans de simples déclarations de principe ou en mettant la faute sur d'autres.»⁴²

Les parents doivent donc continuer à s'intéresser à leur enfant et participer au plan d'intervention psychosociale.⁴³ On a précisé de la manière suivante le contenu de cette double obligation : aux yeux du tribunal, la satisfaction des obligations parentales s'évalue sous deux angles, soit en constatant une réelle préoccupation des parents pour le bien-être de leur enfant qui en retour conservera un attachement significatif pour eux, soit en vérifiant s'ils ont modifié leur situation pour rendre possible une éventuelle reprise en charge à court terme de l'enfant.⁴⁴

42. *Protection de la jeunesse*, T. J. Kamouraska, 250-43-000010-893, 20 septembre 1989, p. 6.

43. Voir, *Protection de la jeunesse*, Québec, 200-43-000117-867, 3 juillet 1987, p. 7 «Les parents conservent néanmoins le droit de surveillance de leur enfant. Les visites, les sorties, la collaboration des parents au plan de traitement leur permettent d'exercer leurs droits et leurs obligations, de maintenir un lien significatif avec l'enfant et de manifester à ce dernier leur amour et leur affection.»; la nécessité de participer au plan d'intervention fut notamment reprise dans l'arrêt *Protection de la jeunesse*, T. J. Abitibi, 615-43-000018-83 et 615-43-000019-83, 18 janvier 1985, p. 34. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel dans *Droit de la famille* - 1078, [1987] R.D.F. 81 (C.A.), pp. 81 et 82.

44. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-000421-924, 19 janvier 1994, pp. 9 à 11. «L'expression toute affective de cette présence (parentale) se retrouve dans l'attitude, la préoccupation constante pour le bien-être du petit, une façon de s'inquiéter de lui, de ses progrès, de ses angoisses, de ses plaisirs, la recherche de toutes informations le concernant, le désir de sa présence et le besoin de parler de lui. Quand une telle attitude existe, on en trouve certainement la trace chez l'enfant qui ne manque pas de répondre à cet attachement et nourrit l'espoir qu'il sera éventuellement repris en charge par son parent. (Quant) à l'effort justement fourni par le parent pour rendre possible la reprise en charge éventuelle de l'enfant. Par interprétation, ne pourrait-on pas dire que le parent de l'enfant placé "prend soin" de lui lorsqu'il prend les mesures nécessaires pour retrouver sa pleine compétence parentale? En ce sens, il faut évaluer différemment le cas du parent dont l'enfant est placé pendant de longues périodes et qui ne met pas tout en oeuvre pour reprendre le plein exercice de ses droits et devoirs, de celui qui, dans la mesure de ses moyens, s'efforce de modifier les circonstances qui ont rendu la séparation inévitable dans l'intérêt de l'enfant.» (Les mots entre parenthèses sont de nous et les guillemets sont dans le texte.)

Mais qu'en est-il lorsque le tribunal interdit aux parents tout contact avec leur enfant? L'exercice des devoirs parentaux devient sans doute plus difficile, mais le parent doit au moins remplir ceux qui ne sont pas incompatibles avec l'ordonnance de placement telle l'obligation d'entretien et de contrôle qui s'exécute, par exemple, par «l'attention que le parent démontre au développement de son enfant et au respect de ses besoins.»⁴⁵

Bref, le placement de l'enfant auprès de tiers comportant des restrictions ou non pour les parents, ne les dégage en rien de faire tous les efforts nécessaires pour faire cesser le placement en maintenant avec l'enfant des liens suffisants pour conclure qu'ils manifestent un intérêt pour lui, *les gestes concrets devant témoigner de ce fait*⁴⁶.

-
45. *Droit de la famille - 231*, [1985] T. J. 2044, p. 2050. Voir aussi, *Chambre de la jeunesse*, C.Q., district de Frontenac, 235-43-000007-916, 10 novembre 1992, pp. 14 et 15 : Dans cette affaire, le tribunal confie un enfant, âgé de six mois, à une famille d'accueil pour une période de cinq ans, et interdit tout contact entre les parents et l'enfant. Il ordonne, en outre, aux parents de faire rapport de leur situation une fois par mois au directeur de la protection de la jeunesse. Ces derniers ayant fait défaut de se rapporter, le tribunal statua que : «Bien qu'un jugement rendu en décembre 1989 limitait largement le droit des parents, ces derniers avaient quand même l'obligation de s'intéresser à cet enfant en communiquant, tel que le juge à cette époque l'avait ordonné, mensuellement avec la Direction de la protection de la jeunesse. Ils se devaient de travailler sur eux-mêmes afin d'améliorer leur situation et de préparer un projet de vie acceptable pour l'enfant... Malgré la restriction de leurs droits, les parents ne se sont en aucune façon intéressés à leur enfant tel qu'ils en avaient le devoir.»
46. Voir, à ce sujet, une étude élaborée de la jurisprudence récente dans *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), pp. 7 à 10.

b) L'évaluation des «capacités restantes» des parents déficients intellectuels ou atteints de maladie mentale.

La situation des parents limités intellectuellement ou atteints de maladie mentale, a obligé les tribunaux à développer la théorie des «*capacités restantes*» et à vérifier comment ils les ont concrètement utilisées pour maintenir un lien affectif avec leur enfant. Autrement dit, le handicap mental des parents ne serait pas en soi un motif pour conclure automatiquement à l'existence d'un abandon tel que formulé au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. Par contre, ils ne pourraient invoquer un tel handicap pour justifier leur inaction à l'égard de leur enfant. Illustrons à l'aide de quelques décisions comment les tribunaux ont appliqué cette théorie.

Dans un litige, tous les enfants avaient été confiés peu après leur naissance à des familles d'accueil, en raison de l'incapacité physique et mentale des parents à remplir leurs devoirs. Le tribunal rappelle à ce sujet, que :

«... Ce n'est pas parce qu'ils ont confié temporairement à d'autres, comme le leur permet la loi, leur enfant, pour toutes sortes de raisons d'ordre physique, psychologique ou pécuniaire, qu'ils peuvent laisser le temps faire son oeuvre auprès d'un enfant, d'autant plus qu'il est moins âgé, en créant des liens avec ceux qui en prennent soin quotidiennement, sans risquer d'être jugés comme ayant abandonné leur enfant, s'ils n'ont pas fait ce qu'ils pouvaient faire pour lui, eu égard à leurs conditions.

La situation des parents, sur le plan physique, intellectuel, psychologique, financier et moral n'est pertinente que pour circonscire ce qu'ils ont fait ou non en regard de ce qu'ils auraient pu faire ou non, lorsque le tribunal doit apprécier s'il y a eu abandon de fait.»⁴⁷

Dans une autre affaire⁴⁸, la mère, souffrant de schizophrénie, était hospitalisée depuis plusieurs années. Son enfant avait été confié à une famille d'accueil dès sa naissance. Le premier jugement de protection avait assujéti les

47. *Protection de la jeunesse*, T.J. Abitibi, 615-43-000018-83 et 615-43-000019-83, 18 janvier 1985, pp. 29 et 30; cette décision fut confirmée par la Cour d'appel, dans *Droit de la famille* - 1078, [1987] R.D.F. 81 (C.A.).

48. *Droit de la famille* - 653, [1989] R.J.Q. 1361 (C.de la J.).

contacts entre la mère et l'enfant au contrôle et à la supervision du directeur de la protection de la jeunesse. Par la suite, un deuxième jugement, rendu un an plus tard, interdisait tout contact. Saisi d'une demande pour faire déclarer l'enfant admissible à l'adoption, le tribunal dut s'interroger sur l'utilisation par la mère de ses «*capacités restantes*», eu égard à sa situation. Après avoir énoncé que «... l'incapacité physique ou mentale ne constitue pas *en soi* un motif rendant un enfant judiciairement adoptable»⁴⁹, le tribunal estime qu'il doit tenir compte de toutes les circonstances, y compris des limites imposées aux parents par ce handicap physique ou mental.»⁵⁰

Le tribunal constate que la mère téléphonait fréquemment, au début de son hospitalisation, pour maintenir des contacts avec son enfant et qu'elle avait cessé de le faire après le jugement de protection qui lui interdisait tout contact avec lui. D'après la Cour, elle aurait pu téléphoner aux intervenants sociaux pour obtenir de ses nouvelles et exercer, ce faisant, son droit de surveillance; ou encore, demander la révision du jugement de protection pour faire rétablir les contacts avec son enfant. Ce constat a amené le tribunal à conclure que le silence de la mère ne pouvait «être synonyme que de désintérêt»⁵¹.

Enfin, donnons un dernier exemple. Dans ce cas, une mère présentait un déficit intellectuel important, ce qui la rendait inapte au plan des habilités et de sa capacité réelle à assumer un rôle parental auprès de son enfant qui avait été

49. *Id.*, p. 1366. (Les italiques sont de nous.); cette affirmation de principe avait déjà été énoncée par la Cour d'appel dans *Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.), p. 399 et elle fut reprise par celle-ci plus récemment dans *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 632 et 636.

50. *Droit de la famille - 653*, [1989] 1361 (C. de la J.), p. 1368.

51. *Id.*, p. 1368. Le tribunal estime, dans les circonstances, qu'il «...ne peut donc considérer que la mère, dans la *faible mesure de ses moyens*, a exercé son autorité parentale et qu'elle a assumé ainsi ses obligations de soin, d'entretien et d'éducation. (Les italiques sont de nous.) Dans un autre litige, le tribunal conclut de la même façon à l'égard d'une mère ayant subi un traumatisme crânien et placée sous curatelle publique : voir *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000028-884, 25 avril 1989, p. 18; voir également *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Bedford, 460-43-000013-892, 26 septembre 1989, p. 7 : après avoir analysé le comportement d'une mère atteinte d'une maladie mentale comportant des intervalles lucides, le tribunal en vient à la même conclusion; voir aussi *Droit de la famille - 1528*, [1992] R.D.F. 103 (C. de la J.) où l'on y discute de la conduite d'une mère atteinte de schizophrénie affective.

placé dans une famille d'accueil depuis sa naissance à la suite d'un jugement de protection.

Appelé à se prononcer sur l'admissibilité à l'adoption, le tribunal constate que la preuve révélait qu'au fil des ans, la mère s'était détachée progressivement de son enfant malgré l'aide et les efforts déployés par les intervenants sociaux pour favoriser un rapprochement entre elle et ce dernier; toute démarche s'était avérée infructueuse en raison de sa propension à ne s'occuper exclusivement que de ses besoins personnels. Le tribunal concluait que la mère n'avait pas exercé «ses capacités parentales restantes»⁵².

Il faut retenir de la théorie sur les «capacités parentales restantes» que la maladie, l'éloignement ou toute autre circonstance comportant des restrictions quant à la possibilité de remplir ses obligations parentales ne libèrent pas les parents de faire le maximum, compte tenu de leur situation particulière, pour s'occuper de fait de leur enfant. Ainsi, le seul fait d'assumer l'entretien est insuffisant pour conclure à une contribution parentale susceptible de maintenir un lien avec l'enfant⁵³. De même, des troubles chroniques de la personnalité, de toxicomanie, des troubles de comportement, des carences affectives liées à une misère sociale, l'itinérance, la prostitution⁵⁴, la prison⁵⁵, la drogue⁵⁶, l'inaptitude mentale⁵⁷, etc. ne peuvent justifier l'inaction parentale. Sans doute cela peut-il paraître parfois cruel, mais si l'on considère la réalité vécue par l'enfant, il serait encore plus cruel de le laisser sans famille affective à laquelle il a besoin de s'identifier, surtout dans la société actuelle.

-
52. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Beauharnois, 760-43-000037-894, 5 octobre 1992, p. 15. Dans cette affaire, la mère est intellectuellement limitée. En dépit de cela, elle vaque «à ses occupations quotidiennes. Elle s'est mariée, elle a divorcé, elle cède l'administration de son budget à son conjoint mais soutire de l'argent pour ses loisirs. Elle sait référer aux travailleurs sociaux pour obtenir de l'aide ou leur parler de ses difficultés. Elle s'est maintenu un réseau d'amis et réfère souvent à sa mère. Elle connaît les coordonnées de la famille d'accueil unique de La mère a peu, ou souvent pas du tout exercé ses capacités parentales restantes pour s'intéresser à l'enfant.»
53. *Protection de la jeunesse* - 635, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 456.
54. *Droit de la famille* - 1913, [1994] R.D.F. 174 (C. de la J.).
55. *Droit de la famille* - 1101, [1987] R.D.F. 244 (C. de la J.).
56. *A et B c. Y et Z*, [1979] T.J. 201.
57. *Droit de la famille* - 653, [1989] 2 R.J.Q. 1361 (C. de la J.).

c) Les agissements des délégués du directeur de la protection de la jeunesse faisant obstacle à l'exercice de l'autorité parentale.

Les tribunaux doivent tenir compte, pour évaluer si les parents ont assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation de l'enfant, non seulement du jugement de protection qui limite l'exercice des attributs parentaux, mais aussi des gestes posés par les délégués du directeur de la protection de la jeunesse ayant pris en charge l'enfant.

L'examen de la conduite des délégués du directeur de la protection de la jeunesse peut amener parfois le tribunal à conclure que leur attitude a constitué un motif d'empêchement de l'exercice de l'autorité parentale. C'est la conclusion à laquelle arrive le tribunal dans une affaire où les intervenants sociaux avaient unilatéralement interrompu les visites permises par le jugement parce que, de l'avis d'un médecin, les visites faites aux enfants les traumatisaient. Le tribunal rejette la demande en déclaration d'admissibilité pour les motifs suivants :

«La suppression de l'exercice des droits de visites des parents aux enfants par les services sociaux Ville Marie, alors que les visites supervisées étaient autorisées par le tribunal, contre la volonté des parents des enfants, empêche le tribunal de conclure que les défendeurs n'ont pas assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation de leurs enfants depuis au moins six mois au sens des exigences du législateur. Cette décision des services sociaux a empêché l'une des seules manifestations d'intérêt qui restait encore possible pour les défendeurs. Cette décision crée pour le tribunal une incertitude, l'incertitude de savoir si les parents, laissés à eux-mêmes, auraient oui ou non maintenu des contacts avec les enfants et assumé ce qu'il leur restait de leur autorité parentale.»⁵⁸

On doit, cependant, se demander *si l'enfant doit subir les conséquences* d'une décision du travailleur social. Les parents excusent leur inaction par le comportement de ce dernier qui leur avait interdit les droits de visite autorisés par le tribunal. *Il y aurait eu lieu de s'interroger, dans les circonstances, si les parents ont pris les moyens raisonnables pour retrouver l'exercice des droits de*

58. *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-43-000324-854, 14 mars 1986, p. 14.

*visite*⁵⁹ et s'ils ont, entre-temps, conservé des liens avec l'enfant par un autre moyen. Tenir compte de l'attitude du travailleur social doit être mis en corrélation avec la conduite des parents privés de leurs droits de visite, nous semble-t-il. *En effet, l'enfant n'est pas la cause de son placement chez des tiers, ni le travailleur social. Ce sont ses parents qui en sont à l'origine en raison de leur inaptitude ou de leur défaut de s'en occuper.*

Dans une autre affaire⁶⁰, le comportement des intervenants sociaux a influencé considérablement la décision du tribunal selon lequel il n'y a pas eu abandon de l'enfant par sa mère. En effet, la preuve révèle qu'elle a souvent demandé que son enfant, placé à la suite d'une entente sur des mesures volontaires, lui soit rendu ou encore qu'il soit transféré dans une famille d'accueil plus près de son domicile. Les intervenants sociaux ont toujours refusé d'accéder à ses demandes. Or, de l'avis du tribunal, l'intervenante sociale aurait dû, dès la demande de reprise de l'enfant formulée par la mère, saisir le tribunal et, à défaut, lui rendre légalement son enfant dont elle demandait le retour puisqu'il s'agissait d'un placement effectué sur mesures volontaires⁶¹. Dans cette affaire, constate le tribunal, l'intervenante sociale a mal informé la mère en lui disant qu'elle-même devait s'adresser au tribunal⁶². *Mais on ne devrait pas, à notre avis, accepter que l'incompétence d'une autre personne puisse servir d'excuse à l'inexécution totale des devoirs parentaux*⁶³. Les parents désireux de

59. Voir, à ce sujet, *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, p. 183. La Cour suprême indique que la mère, qui n'avait pu voir son enfant pendant trois ans, «aurait pu présenter immédiatement sa demande d'habeas corpus sans attendre trois ans».

60. *Protection de la jeunesse*, T.J., Abitibi, 605-43-000004-83, 10 août 1984, voir pp. 10 et 11; bien que portant sur une requête en interruption de placement, en vertu de l'article 17 de l'ancienne *Loi d'adoption* L.Q., 1969, c. 64, cette décision demeure pertinente aujourd'hui puisque le tribunal avait notamment à décider s'il y avait eu abandon de fait depuis au moins six mois de la part de la mère.

61. *Id.*, pp. 21 et 22; voir à ce sujet C. BOISCLAIR, *La nature juridique de l'entente sur les mesures volontaires dans la Loi sur la protection de la jeunesse*, Droit et enfant, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1990, pp. 148 et 149. Voir aussi, C. BOISCLAIR, *L'entente sur les mesures volontaires dans la Loi sur la protection de la jeunesse*, (1982) 13 R.D.U.S. 143, pp. 197, 198, 204.

62. Voir à ce sujet, C. BOISCLAIR, *La nature juridique de l'entente...*, loc. cit., note 61, pp. 148 à 152.

63. Voir, à ce sujet, *Protection de la jeunesse* - 635, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 456 : «Les intentions, les raisons, les excuses, les blâmes ... ne peuvent justifier la stagnation de la situation». Voir aussi, *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, p. 183.

s'occuper de leur enfant ne se laissent pas habituellement intimider longtemps dans une société où l'on ne parle que de «droits».

Le tribunal a rejeté également une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption dans un litige concernant des parents atteints de déficience intellectuelle⁶⁴. Peu de temps après sa naissance, l'enfant est confié à une famille d'accueil par le tribunal pour une durée d'un an. Le jugement ordonne un suivi social auprès des parents en vue d'un éventuel retour de ce dernier dans sa famille. Toutefois, dès le début de l'exécution du jugement, les intervenants sociaux orientent le dossier de l'enfant, à l'encontre du jugement, vers l'adoption en incitant les parents à accepter une adoption par consentement spécial au profit d'une tante paternelle. Cette dernière abandonne son projet d'adoption et on trouve alors une famille d'accueil susceptible d'adopter éventuellement l'enfant. *Pendant tout ce temps, les parents le visitent régulièrement*, espérant son retour auprès d'eux, sans toutefois manifester d'opposition au «processus d'adoption» enclenché par les intervenants sociaux. Le tribunal ne peut conclure en l'espèce que les parents ne se sont pas impliqués dans des démarches concrètes pour améliorer leur situation, puisque le défaut d'effectuer auprès des parents le suivi social ordonné judiciairement ne permet pas au tribunal d'apprécier leurs «*capacités parentales restantes*» et l'exercice de celles-ci par eux.⁶⁵

Donnons un dernier exemple⁶⁶ dans lequel les parents invoquent expressément les agissements de l'intervenant social pour tenter d'expliquer leur totale inaction auprès de leur fille pendant la période de huit mois précédant la signification de la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, ainsi que dans les mois qui suivirent. Les parents ont toujours fait preuve d'une extrême méfiance à l'égard des intervenants sociaux depuis le premier jugement de protection ordonnant le placement en famille d'accueil de leur enfant *neuf ans plus tôt*. Ils reprochaient au nouvel intervenant social, contrairement à son

64. *Protection de la jeunesse*, T.J. Gaspé, 110-43-000010-857, 13 mai 1986.

65. *Id.* pp. 9 et 10. (Les italiques sont dans le texte.) Dans cette affaire, le directeur de la protection de la jeunesse devait, d'après les ordonnances apporter aide, conseil et assistance à l'enfant et ses parents.

66. *Droit de la famille - 1816*, [1993] R.D.F. 299 (C. de la J.).

prédécesseur, d'exiger une rencontre pour faire le point sur le déroulement de la visite avant d'effectuer la visite suivante.

On justifie cette nouvelle orientation clinique au motif que *cinq années de visites supervisées mensuelles n'ont pas permis le moindre rapprochement affectif avec l'enfant* et que les parents tardaient à modifier certaines attitudes durant les visites perçues négativement par ce dernier. Cette nouvelle exigence s'appuie, en réalité, sur le jugement qui contient deux mesures, soit la participation active des parents aux mesures visant à corriger la situation et l'obligation de se présenter à intervalles réguliers chez le délégué du directeur de la protection de la jeunesse. Après la première visite supervisée par le nouvel intervenant social, les parents refusent de se rendre à une rencontre d'échanges sur celle-ci. L'intervenant social maintient cette condition préalable à toute nouvelle visite. Les parents cessent de voir leur enfant et ne s'en informent pas au cours des huit mois qui suivent. Le tribunal estime que les intervenants sociaux : «... agissaient dans le cadre de jugements que les parents n'acceptaient pas et ne respectaient pas.»⁶⁷

En résumé, il ressort que les tribunaux rejettent habituellement la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption si les délégués du directeur de la protection de la jeunesse posent des gestes qui contreviennent au jugement de protection ou à la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁶⁸, lorsque ces agissements ont un lien direct avec le fait pour les parents de ne pas avoir exercé l'autorité parentale. *Toutefois, il s'agit d'une position incompatible avec la réalité vécue par l'enfant. On doit, pour évaluer ces situations, se demander au moins, en regard du délai écoulé, s'il est acceptable que les parents ne posent aucun geste concret pour maintenir des liens avec leur enfant.* L'absence de réaction des parents constitue un facteur important, nous semble-t-il, pour refuser une telle excuse.

67. *Id.*, p. 308; cette décision fut confirmée par la Cour d'appel, *Droit de la famille - 1816*, [1994] R.D.F. 227 (C.A.), p. 230. Deux autres décisions du tribunal ont souligné des lacunes dans les comportements de délégués du directeur de la protection de la jeunesse chargés d'exécuter un jugement de protection, sans que cela conduise, toutefois, le tribunal à rejeter la preuve de l'abandon de fait soumise dans le cadre de l'article 559 paragr. 2 C.c.Q., voir *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000100-897, 30 septembre 1993, p. 16 et *Droit de la famille - 1914*, [1994] R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 567.

68. L.R.Q., c. P-34.1.

Toutefois, il ne faut pas confondre ces situations d'illégalité avec celles où des parents refusent par leur attitude, implicitement ou expressément, de respecter les mesures ordonnées par le tribunal, tel le refus d'accepter tout «plan de services» proposé dans le cadre d'un jugement en protection de l'enfant. En effet, de nombreuses décisions rendues en matière d'admissibilité à l'adoption rappellent, comme nous le verrons, l'obligation pour les parents de faire cesser les causes les empêchant de reprendre la garde de leur enfant, notamment en collaborant activement au plan d'intervention sociale.

d) L'influence des gestes posés par les parents après la signification d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption.

Les tribunaux ont clairement⁶⁹ indiqué que la conduite des parents, lors de la signification d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption et postérieurement, n'a pas à être considérée pour décider s'ils ont assumé le soin, l'entretien ou l'éducation dans les six mois précédant la demande. Les visites faites à l'enfant depuis la demande d'admissibilité à l'adoption ne peuvent donc excuser l'abandon antérieur.⁷⁰ En effet, ces nouveaux contacts, même fréquents, ne démontrent certainement pas un rôle parental auprès de l'enfant qui a dû s'en remettre à d'autres personnes pour s'occuper de lui souvent pendant plusieurs années⁷¹.

69. *Tribunal de la jeunesse*, T.J., Abitibi, 615-43-000018-83 et 615-43-000019-83, 18 janvier 1985, et *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 650.

70. *Id.*, *Tribunal de la jeunesse*, T.J., Abitibi, 615-43-000018-83 et 615-43-000019-83, 18 janvier 1985. Cette décision a été confirmée en appel à *Droit de la famille - 1078*, [1987] R.D.F. 81 (C.A.). «Les visites, l'intérêt, les désirs, les intentions et les manifestations de reprendre leur enfant, manifestés au temps de la signification de la déclaration et par après ne sont pertinents que dans la mesure où ils sont susceptibles de renverser la présomption de l'article 613 C.c.Q. (devenu l'article 561 C.c.Q.) sinon, le retard à agir de ceux qui peuvent se porter demandeur en déclaration d'adoptabilité - voir article 612 C.c.Q. (devenu l'article 560 C.c.Q.), pourrait faire en sorte qu'un enfant véritablement abandonné pendant au moins six mois ne puisse être déclaré judiciairement adoptable et avoir le droit éventuel à une famille stable, si, aux six mois, ses parents s'occupent sporadiquement de lui. Il pourrait vivre plusieurs fois cette chaîne infernale qui ne serait sans doute pas dans son intérêt.» (Les parenthèses sont de nous.)

71. A. et B. et Y. et Z., [1979], T.J. 2011, p. 2014.

Section 2 L'interprétation subjective de la situation des parents pour excuser l'inexécution de leurs obligations.

Une jurisprudence, bien que minoritaire, a cherché à faire obstacle à l'analyse objective de la signification de «ne pas assumer de fait» le soin, l'entretien ou l'éducation de l'enfant. En effet, trouvant sans doute très dur la rupture du lien de filiation avec un enfant abandonné dans certaines circonstances, quelques juges, perdant de vue que *l'adoption vise à donner à l'enfant la possibilité d'avoir des parents affectifs capables de s'occuper de lui et auxquels il peut s'attacher de façon définitive*, ont glissé progressivement vers l'analyse subjective de la situation des parents, indépendante de celle de l'enfant.

Les tribunaux ont donc *temporairement* réussi à imposer l'interprétation subjective de la situation des parents aux plans matériel, psychologique et intellectuel de manière à excuser, puis à justifier, peu importe la situation vécue par l'enfant, leur incapacité ou inaptitude à s'occuper de leur enfant ou même à conserver des liens avec lui. Examinons brièvement cette interprétation en montrant comment, d'une part, on excuse les parents en raison des circonstances de la vie et, d'autre part, on justifie le maintien des liens biologiques sur la base que les parents n'ont pas abandonné intentionnellement leur enfant.

A) Les motifs acceptés pour excuser l'inexécution des obligations parentales.

L'analyse subjective tient compte «d'empêchements extérieurs» qui permettent, aux yeux du tribunal, d'excuser les parents n'ayant pas assumé leurs obligations parentales. Prenons l'exemple d'un enfant placé dans une famille d'accueil depuis environ six ans, en vertu de plusieurs jugements successifs de protection prononcés pour cause de négligence parentale, de difficultés personnelles et d'incapacité des parents à satisfaire les besoins les plus élémentaires de leur enfant.⁷² Selon la preuve, seule la mère souffre d'une certaine déficience intellectuelle. Quant au père, il est plutôt immature et irresponsable. Six autres enfants sont également placés dans diverses familles d'accueil.

72. *Droit de la famille* - 132, [1984] T.J. 2036.

Les parents visitent leurs enfants en moyenne une fois par mois au début, puis c'est une fois à tous les deux mois. Par la suite, pendant une période de treize mois, ils n'ont aucun contact avec l'un d'eux. Les seules manifestations parentales se limitent à un appel téléphonique infructueux auprès de la famille d'accueil dû à l'absence de l'enfant et à l'envoi d'une lettre à ce dernier l'informant que leur automobile est hors d'usage à la suite d'un accident. La preuve révélait, enfin, qu'au début de la période d'abandon, les parents se sont éloignés physiquement de leur enfant à la suite d'un déménagement et que trois mois plus tard, ils perdirent l'usage de leur automobile. *Le tribunal estime que les parents savaient que la famille d'accueil s'occupait très bien de leur enfant depuis déjà quatre ans, à la date du début de l'abandon*, et que cela, sans les justifier de se désintéresser de lui, «... réduisait en quelque sorte leur devoir de surveillance relativement aux soins, à l'entretien et à l'éducation de l'enfant»⁷³. Voilà une affirmation pour le moins étonnante lorsqu'elle est fondée sur le fait que d'autres s'occupent de l'enfant.

Le tribunal poursuit en disant que les parents n'avaient que les visites mensuelles comme moyen de maintenir et de développer des liens affectifs avec leur enfant. Pour vérifier l'accomplissement de ce devoir, il faut, d'après le tribunal, «... tenir compte des moyens physiques et matériels à leur disposition»⁷⁴. De plus, les parents sont démunis également au plan intellectuel⁷⁵. Il en résulte qu'on devrait pondérer l'inexécution des devoirs parentaux. C'est ainsi que le tribunal finit par excuser l'abandon des parents. Avant de conclure au rejet de la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, il souligne qu'ils ont de l'affection pour leur enfant, qu'ils ont toujours souhaité son retour et qu'ils n'ont jamais voulu qu'il soit adopté. *Le moins que l'on puisse dire, c'est que cette affection parentale n'a pas été suffisamment forte pour se transformer en gestes concrets auprès de ce dernier*. Les affirmations abstraites d'affection, dans cette affaire, constituent une piètre consolation pour l'enfant.

Examinons, au niveau des principes, les conséquences d'une telle position, qui a conduit temporairement les tribunaux à ne considérer que des

73. *Id.*, p. 2044. (Les italiques sont de nous.)

74. *Id.*, p. 2044. (Les italiques sont de nous.)

75. *Droit de la famille - 132*, [1984] T.J. 2036.

circonstances favorables aux parents et susceptibles de justifier l'inexécution de leurs devoirs. *Des circonstances matérielles, on a glissé vers les explications justifiant l'insuffisance des actions parentales, dont la déficience intellectuelle et l'inaptitude mentale, jusqu'à l'abandon intentionnel.* On venait de dénaturer le contenu du paragr. 2 de l'article 559 en considérant l'adoption comme une sanction de l'inexécution des devoirs parentaux plutôt que comme un projet de vie pour l'enfant dont les parents ont cessé de s'occuper dans les faits.

1) L'obligation «d'assumer de fait» les devoirs parentaux dénaturée par l'acceptation de circonstances indépendantes des besoins de l'enfant.

L'acceptation des circonstances propres aux parents pour excuser l'abandon «de fait» de leur enfant dénature la portée du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q., puisqu'on omet volontairement le fait que les parents n'assument pas leurs obligations parentales.

Dans la situation décrite précédemment, la prise en charge de l'enfant par une famille d'accueil, aussi adéquate fut-elle, ne peut dispenser d'aucune façon les parents d'assumer leurs obligations parentales «restantes» et d'agir de manière à faire cesser les causes les privant de la garde de leur enfant. Le contenu même du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. impose expressément au tribunal d'examiner si les parents ont assumé «de fait» leurs obligations à l'égard de leur enfant. En outre, l'intention exprimée par les parents de vouloir reprendre leur enfant ne fut accompagnée d'aucun geste concret visant à matérialiser cette intention, sans compter que le jugement de protection, le plus contemporain, attestait au contraire qu'ils étaient toujours inaptes à s'en occuper et ce, pour les mêmes motifs que ceux qui prévalaient lors du premier placement ordonné par le tribunal six ans plus tôt.

Bref, les parents n'ont posé aucun geste concret pour modifier la situation qui leur avait fait perdre la garde⁷⁶. Ce sont eux qui se sont éloignés de l'enfant

76. Voir, *Droit de la famille -256*, (1986) R.D.F. 34 (T.J.), p. 38. On reconnaît dans cette décision que les parents doivent faire tous les efforts nécessaires pour changer leur comportement ou leur état psychologique en vue de reprendre la garde de l'enfant. Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, op. cit., note 39, p. 15.

en choisissant de déménager. La preuve révèle de surcroît que, durant cette période d'abandon, ils ont continué à visiter leurs autres enfants placés en famille d'accueil⁷⁷. Bien qu'ils aient eu la possibilité concrète d'écrire ou encore de téléphoner pour s'informer de leur enfant, ils ne l'ont pas fait. Dans ce jugement, on ne se préoccupe aucunement de l'intérêt de l'enfant, puisqu'on ne vérifie pas la nature ou même l'existence d'un lien significatif entre lui et ses parents, et qu'on ne considère pas qu'il vit depuis six ans auprès de parents affectifs (psychologiques) désirant l'adopter. On ne s'interroge pas non plus sur l'impact chez l'enfant d'un abandon total de plus d'un an de la part des parents biologiques. Cette décision laisse l'impression très nette que l'enfant, pourtant le premier concerné par cette décision, est totalement étranger à celle-ci⁷⁸.

Heureusement, ce jugement n'a pas été suivi même si un nombre important d'arrêts, tel qu'indiqué plus haut, ont déjà tenu compte des circonstances concrètes dans lesquelles se trouvaient les parents et, le cas échéant, d'un handicap mental, pour déterminer l'étendue des obligations parentales qu'ils pouvaient et devaient encore assumer concrètement, mais non pour excuser l'inaction parentale complète. Par contre, nous verrons qu'une décision de la Cour d'appel⁷⁹, concernant une mère atteinte d'une maladie mentale, a exercé une influence considérable sur certains juges, qui ont ajouté à l'article 559

77. *Id.*, p. 2042.

78. On peut relever d'autres décisions judiciaires antérieures où le constat d'abandon devrait s'imposer naturellement au tribunal alors qu'on finit par excuser le parent, en raison de l'absence de collaboration du travailleur social, en invoquant que la mère n'avait de ce fait pas voulu abandonner volontairement son enfant. La thèse intentionnelle remonte au moins jusqu'en 1979. Dans cette affaire, la mère n'avait vu son enfant *qu'une seule fois* en huit ans. Les seuls liens sporadiques n'avaient eu lieu qu'à travers le travailleur social qui l'informait par téléphone de la situation jusqu'à ce qu'elle prenne les moyens pour changer la situation. Elle s'était préoccupée de son enfant à quelques reprises seulement. Pourtant le tribunal indique que depuis huit ans «*c'est bien involontairement par suite d'une ordonnance de placement*» de l'enfant qu'elle n'avait pas assumé de fait ses devoirs parentaux. (*Note : l'enfant doit donc en payer le prix*). D'ailleurs, le tribunal déclare textuellement être inquiet au sujet de l'enfant dont il ordonne le retour auprès de la mère. Voir, à ce sujet, A. et B. c. C., T.J., Québec, 200-43-000042-79, 13 juin 1979, pp. 8 et 9, 13, 14 et 16. On retrouve même des germes de la théorie de l'abandon volontaire aussi loin qu'en 1975. Voir, à ce propos, «*Monsieur et Madame X*», [1975] C.B.E.S. 385, p. 388 dans lequel le tribunal souligne que le parent n'a pas «*la volonté de ne pas assumer de fait le soin, l'entretien ou l'éducation*» de l'enfant.

79. *Droit de la famille* - 256, [1988] R.D.F. 397 (C.A.).

C.c.Q. la condition d'un abandon intentionnel ou fautif. À leurs yeux, une personne inapte mentalement ne pouvait donc être tenue responsable ni de son état mental, ni de l'abandon de son enfant.

2) L'étendue des devoirs parentaux évaluée à partir des «capacités restantes» du parent mentalement inapte.

On peut résumer la position des tribunaux sur l'exécution des devoirs parentaux, jusqu'à l'apparition de la nouvelle tendance, de la manière suivante : la condition d'application du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. est une question de fait essentiellement objective et ne comporte pas d'élément intentionnel ni d'exception en faveur du parent mentalement inapte⁸⁰. La présumer dans cette disposition serait agir «*de lege ferenda*»⁸¹. Même si ce parent ne peut assumer de fait ses devoirs parentaux comme un autre parent sain d'esprit, on doit au moins s'assurer d'une exécution suffisante pour conclure que ses efforts lui permettent de conserver l'affection de son enfant à partir des gestes concrets à son égard.

Pourtant, la Cour d'appel a infirmé cette position en s'inspirant, *par analogie*, d'un arrêt de la Cour suprême⁸² qui avait déclaré que le tribunal devait, avant de déchoir de son autorité parentale un parent intellectuellement déficient, user de son pouvoir discrétionnaire et ne prononcer la déchéance que s'il n'y a pas d'autre alternative pouvant accorder à l'enfant une protection équivalente. L'un des juges, au nom des autres juges de la Cour d'appel, statua que :

«Si l'on adopte cette façon de voir à l'endroit de la déchéance de l'autorité parentale, on devrait, à mon sens, adopter le même raisonnement lorsqu'il s'agit de poser le geste final et irréversible qui consiste à couper définitivement le lien de filiation entre un enfant et son parent. Il m'apparaîtrait, en effet, inacceptable de considérer que le handicap mental empêchant un parent de s'occuper de son enfant n'est pas une cause de déchéance mais qu'il en est une de rupture totale et définitive du lien de filiation.»⁸³

80. *Droit de la famille* - 256, [1986] R.D.F. 34 (T.J.), p. 39.

81. *Id.*, p. 39.

82. *C. (G.) c. V. - F. (T.)*, [1987] 2. R.C.S. 244.

83. *Droit de la famille* - 256, [1988] R.D.F. 397 (C.A.), p. 399.

Le raisonnement «par analogie» contrevient aux règles d'interprétation lorsque les précisions législatives relatives à la déchéance parentale et à l'adoption sont clairement énoncées, l'un et l'autre poursuivant des objectifs très différents.⁸⁴ *La déchéance sanctionne les manquements graves aux devoirs parentaux dans l'intérêt de l'enfant, alors que l'adoption cherche à procurer à l'enfant une famille même si l'on n'a rien à reprocher aux parents inaptes mentalement*, puisque leur situation ne leur permet pas de s'occuper de l'enfant. Quant à la déchéance, les parents peuvent s'occuper de l'enfant, mais négligent gravement de le faire. Notons que la Cour suprême discutait de garde et son attribution à des tiers dans l'intérêt de l'enfant, sans avoir, au préalable, à prononcer la déchéance parentale.⁸⁵

La Cour d'appel analyse, en outre, les agissements du parent en regard de son enfant. La mère, malgré l'abandon de son enfant environ un an après sa naissance, a par la suite démontré son intérêt pour lui en s'adressant au Tribunal de la jeunesse pour faire préciser ses droits d'accès et exercer ensuite les droits de visite consentis. Selon la Cour d'appel :

«... on ne peut en aucune façon dire que la mère a totalement abandonné son enfant et qu'elle n'a fait aucun effort pour participer, dans la faible mesure de ses moyens et à travers les contraintes imposées par des visites périodiques, son devoir de soin, d'entretien ou d'éducation. Elle n'a peut-être pas réussi à établir avec son enfant une relation satisfaisante, *mais on ne peut en aucune façon dire qu'elle ait renoncé à son enfant, qu'elle l'ait délaissé ou abandonné volontairement.* L'appréciation de la situation doit se faire de façon très

84. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1990, pp. 240, 257, 258 et 269 et s. On ne doit pas faire usage des différentes méthodes d'interprétation, dont le raisonnement par analogie, lorsque la loi et les buts qu'elle poursuit sont clairs.

85. *Droit de la famille* - 256, [1988] R.D.F. 397 (C.A.), p. 399. La Cour d'appel indique «L'exigence posée par le paragraphe 2 de l'article 611 (devenu l'article 559 paragr. 2 C.c.Q.) est celle du délaissement et de l'abandon de l'enfant par ses parents. S'en tenant au texte de cet article, si des parents n'assument en aucune façon le soin, l'entretien ou l'éducation de leur enfant pendant six mois, on peut en conclure qu'ils le délaissent ou l'abandonnent.» (Les parenthèses sont de nous.) Mentionnons, toutefois, que la déchéance parentale pourrait être une circonstance permettant au tribunal de déclarer plus tard l'admissibilité de l'enfant à l'adoption.

concrète et en prenant en considération les moyens et les capacités des parents impliqués.»⁸⁶

Et elle conclut que :

«La conduite de l'appelante, compte tenu de sa condition intellectuelle et mentale, démontre à tout le moins qu'elle n'a pas abandonné son enfant, qu'elle n'a pas renoncé à en assumer le soin, l'entretien et l'éducation et qu'elle n'a pas perdu espoir d'y parvenir un jour, seule ou plus probablement avec une aide et un support extérieurs importants.»⁸⁷

Ainsi, certains juges, s'appuyant sur cette décision de la Cour d'appel, ont rejeté toute demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption lorsque l'existence d'un handicap mental leur permettait de conclure que le parent n'avait pu abandonner volontairement son enfant et ce, peu importe qu'il ait exercé ou non ses «*capacités parentales restantes*». Analysons ce courant jurisprudentiel qui fait de l'abandon intentionnel la condition préliminaire l'acceptation d'une déclaration d'admissibilité à l'adoption ou, inversement, au refus de déclarer l'enfant adoptable au motif que l'abandon est involontaire de la part des parents.

3) L'abandon involontaire comme justification du défaut d'assumer de fait les devoirs parentaux.

Les tribunaux ont cherché également à justifier l'absence des parents dans la vie de l'enfant par des circonstances indépendantes de la volonté de ceux-ci, notamment par la maladie mentale. Donnons trois exemples pour illustrer dans quelles circonstances les tribunaux finissaient par excuser le parent inapte mentalement avec ou sans «*capacités parentales minimales*». Le premier litige concerne⁸⁸ une jeune mère qui souffrait de schizophrénie. Elle a été hospitalisée de façon continue durant l'année précédant la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. La preuve établit qu'elle n'a pas exercé ses «*capacités parentales restantes*» pour entrer en contact avec son enfant durant cette période. En effet, elle était capable de téléphoner pour avoir des nouvelles

86. *Id.*, p. 400. (Les italiques sont de nous.)

87. *Id.*, p. 400.

88. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000018-885, 9 novembre 1988.

de son enfant ou pour demander aux intervenants sociaux d'organiser des visites auprès de son enfant. Seulement trois visites ont eu lieu seulement et elles ne furent pas significatives pour l'enfant. En effet, il ressort de la preuve que la mère ne s'impliquait pas réellement. De plus, elle ne collaborait pas à son «plan de traitement». D'après le tribunal, la question à résoudre, à la lumière de la décision de la Cour d'appel discutée plus haut, consiste à :

«... se demander si la mère, malgré ses 3 visites à son enfant seulement, sa non-contribution financière, son manque de communication avec les travailleurs sociaux, son manque d'effort pour prendre des nouvelles de son enfant, sa non-collaboration et son refus de traitement occasionnel etc...a pour autant *délaissé ou abandonné volontairement* son enfant alors *qu'elle était presque continuellement hospitalisée pour schizophrénie.*»⁸⁹

En l'occurrence, le tribunal omet de considérer l'absence d'exercice par la mère de ses «capacités parentales restantes» afin de garder le contact avec son enfant, et conclut qu'elle n'a pas «renoncé, délaissé ou abandonné son enfant volontairement⁹⁰» et l'excuse ensuite de ne pas avoir assumé de fait ses devoirs parentaux en raison de son état mental.

Dans une autre affaire⁹¹, un enfant, âgé de cinq ans, a été confié à une famille d'accueil dès sa naissance pour cause d'inaptitude mentale de la mère à s'en occuper. En effet, au cours des quatre années précédant la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, la mère s'est très peu manifestée auprès de son enfant, se limitant à quelques visites et deux appels téléphoniques. D'ailleurs, les expertises psychologiques, tant de la mère que de son enfant, révèlent l'absence de relation affective significative entre eux. Enfin, la preuve indique que la mère n'a pas de «*capacités parentales*». Le tribunal estime que les conditions des articles 559 et 561 C.c.Q. sont remplies et que l'enfant peut être déclaré judiciairement admissible à l'adoption. Toutefois, il ajoute qu'il «*ne s'agit pas d'un automatisme; la Cour exerce ensuite la discrétion que lui confère*

89. *Id.*, p. 21. (Les italiques sont de nous.)

90. *Id.*, p. 22.

91. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Joliette, 705-43-000046-874, 31 janvier 1990.

l'article 611 (devenu l'article 559 C.c.Q.) en examinant les circonstances particulières de chaque cas.»⁹²

Référant expressément à la décision de la Cour d'appel analysée plus haut, le tribunal décide, en dépit de l'absence de «capacités parentales» que :

«Dans le cas présent, la Cour est convaincue, suite aux témoignages des travailleurs sociaux et de la psychologue que le fait que la mère n'ait pas assumé le soin, l'entretien et l'éducation de son enfant *est attribuable à sa condition psychologique et qu'il ne s'agit pas d'un "abandon volontaire" qui pourrait lui être reproché*; pendant toutes ces années, son état de santé ne lui a pas permis de vivre de façon autonome et elle n'a même jamais été en mesure de prendre soin d'elle-même sans le support du cadre psychiatrique offert par le centre hospitalier ou par une ressource connexe. Selon les intervenants qui la rencontraient régulièrement, elle savait ne pas être en mesure de prendre soin de ses enfants, mais ceux-ci demeuraient pour elle une préoccupation constante.»⁹³

La mère indique que son enfant demeurait une préoccupation constante pour elle, même si cet intérêt pour lui ne s'est jamais traduit même minimalement par l'exercice de «*capacités parentales restantes*». Le tribunal a choisi d'excuser le parent inapte mentalement plutôt que de constater le véritable abandon vécu par l'enfant.

Donnons un dernier exemple⁹⁴ dans lequel la mère, atteinte d'une maladie mentale grave, n'avait aucune «*capacité parentale restante*». En effet, elle souffre depuis l'âge de dix-huit ans de problèmes très sérieux de santé mentale qui existaient déjà lors de la naissance de son enfant quatre ans plus tôt et qui ne se sont pas résorbés depuis. De l'avis de son psychiatre traitant, son état a peu de chances de s'améliorer. La mère n'est pas assez autonome pour se suffire à elle-même. Par voie de conséquence, elle n'a jamais été en mesure de prendre charge de son enfant et ne le pourra pas dans un avenir prévisible. Les contacts

92. *Id.*, p. 7. (Les parenthèses sont de nous.)

93. *Id.*, p. 9. (Les italiques sont de nous.)

94. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-000359-876, 16 septembre 1988. Cette décision fut renversée par la Cour d'appel, voir *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.).

entre la mère et son enfant qui avaient lieu de façon régulière sous la forme de visites, à l'initiative des intervenants sociaux, sont apparus de plus en plus comme des «*privilèges accordés à la mère (plutôt) que de réponses aux besoins de l'enfant, compte tenu de son âge et de l'ensemble de la situation*». ⁹⁵ De plus, la preuve révèle que ces visites perturbaient l'enfant.

Le tribunal, malgré le constat sans équivoque que la mère n'assume pas le soin, l'entretien ou l'éducation de son enfant et qu'elle ne pourrait probablement jamais le reprendre en charge, rejette la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption en référant à la décision de la Cour d'appel dont nous faisons état plus haut. Selon le tribunal, l'arrêt de la Cour d'appel reconnaissait :

«Les notions d'abandon *et de faute*. Le Tribunal a donc clairement indiqué que le deuxième alinéa de l'article 611 (devenu l'article 559 C.c.Q.) du Code civil du Québec ne trouvait application que dans le cas où les parents *n'avaient pas volontairement*, par négligence, insouciance, irresponsabilité ou refus, assumé le soin, l'entretien ou l'éducation de leur enfant, *dans la mesure de leurs moyens et capacités*.» ⁹⁶

Le tribunal arrive à la conclusion que le fait de ne pas assumer ses obligations parentales n'était pas délibéré de la part de la mère ni inexcusable. ⁹⁷ Il estime qu'elle n'est aucunement responsable de son état. On venait ainsi de créer *deux catégories d'enfants : ceux abandonnés intentionnellement et admissibles à l'adoption et ceux abandonnés involontairement et privés du droit d'avoir une famille*, même si les parents d'origine sont inaptes à s'en occuper.

95. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Joliette, 705-43-000046-874, 31 janvier 1990, p. 3. (Le terme «plutôt» entre parenthèses est de nous pour des raisons de style.)

96. *Id.*, p. 8. (Les italiques et les parenthèses sont de nous.)

97. S. PILON, *loc. cit.*, note 31, p. 413. L'auteur avait déjà proposé, erronément à notre avis, la théorie de l'abandon involontaire comme justification pour empêcher de déclarer l'enfant admissible à l'adoption pour cause de maladie mentale du parent, en écrivant : «La maladie mentale peut certainement amener un état psychologique incompatible avec les exigences des juges pour des gestes concrets, répétés, tangibles qui confirment le soin, l'entretien et l'éducation que le parent doit prodiguer à son enfant. L'état mental du parent devient alors en soi un fait objectif susceptible d'amener un tribunal à considérer qu'il y a eu abandon involontaire.»

La théorie de l'abandon involontaire repose sur une conception étrangère à l'article 559 C.c.Q. D'après celle-ci, même si les parents n'ont ni assumé de fait leurs obligations, ni renversé la présomption d'improbabilité de reprise en charge qui en résulte, le tribunal refuse de déclarer l'enfant adoptable au motif qu'il s'agit d'un abandon involontaire. En d'autres termes, il faut conclure que les parents ont assumé de fait leurs devoirs même s'ils ne l'ont pas fait et qu'ils le reprendront peut-être un jour ou jamais et ce, pour éviter la rupture du lien de filiation⁹⁸. Il s'agit d'une application différente de la conception de l'enfant «propriété biologique»⁹⁹. En effet, aussi pénible que puisse paraître la situation des parents qui ont été, qui sont et qui resteront inaptes mentalement ou autrement incapables de s'occuper de leur enfant, ils ne peuvent invoquer que les liens biologiques pour empêcher la déclaration d'admissibilité à l'adoption. Prétendre alors qu'il peut y avoir affection à l'égard d'un enfant dont ils ne peuvent s'occuper, pour des motifs ou des circonstances malheureuses de la vie souvent indépendantes de leur volonté, ne peut découler que d'une conception intellectuelle et théorique de cette affection.¹⁰⁰

M. le juge Vallerand de la Cour d'appel a d'ailleurs fustigé la conception de l'abandon involontaire, en écrivant ce paradoxe démontrant l'absurdité de cette théorie, à savoir que «celui qui, parce qu'il en est incapable, n'assume pas..., assume néanmoins... précisément parce qu'il en est incapable»¹⁰¹.

Ce courant jurisprudentiel avait perdu de vue que l'objectif de l'adoption ne visait pas à punir les parents inaptes à prendre soin de leur enfant, mais plutôt à procurer à ce dernier des parents affectifs en mesure de le faire de façon

98. Voir, à ce sujet, *Droit de la famille* - 256, [1988] R.D.F. 397 (C.A.), pp. 399 et 400. Ajoutons que la substitution d'une filiation pour une autre n'est pas l'objectif premier de l'adoption, mais l'une des conséquences résultant du fait d'attribuer à l'enfant une famille, à laquelle il pourra s'attacher définitivement, composée de parents présents et souvent de frères et de sœurs.

99. C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant...*, op. cit., note 39, pp. 11 à 15, 18, 19, 70 à 72.

100. *Id.*, p. 17. L'auteur souligne que les parents «conservent et conserveront toujours quelques attaches à l'égard de leur enfant même lorsqu'ils l'ont abandonné».

101. *Droit de la famille* - 1544, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 631. M. le juge Vallerand ajoute que «cette interprétation radie nécessairement de la disposition les mots "de fait" en ce qu'ils imposent un constat objectif pour y substituer une notion de faute, une notion subjective, étrangère au texte».

continue. Fort heureusement, la conception de l'abandon involontaire a été renversée par la Cour d'appel dans *Droit de la famille - 1544*¹⁰². Cet arrêt infirmait l'autorité morale de l'arrêt *Droit de la famille - 256*¹⁰³, lequel avait malencontreusement ajouté la condition supplémentaire de l'abandon intentionnel à celles déjà prévues au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. Soulignons, enfin, que la décision de la Cour d'appel qui avait créé cette autre condition n'a pas eu comme conséquence nécessaire pour certains juges, tel que mentionné plus haut¹⁰⁴, de faire échec automatiquement à toute demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption lorsqu'on constate une inaptitude mentale chez les parents; elle incite plutôt les juges à examiner si les parents ont exercé leurs «*capacités mentales parentales restantes*». Étudions cette position plus réaliste.

B) Le rejet de la condition de l'abandon intentionnel ou fautif et l'acceptation limitée de certaines circonstances respectant les besoins de l'enfant.

Nous venons de voir qu'une certaine jurisprudence a réussi à remplacer temporairement l'abandon «de fait» par l'abandon parental «volontaire ou fautif», ce que la doctrine française appelle la «thèse intentionnelle de l'abandon».¹⁰⁵ *Peu importent les arguments pour la défendre, seule la conception de l'enfant «propriété biologique» peut servir de fondement à cette thèse puisqu'on maintient les liens de filiation au profit d'un parent absent de sa vie.*

102. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.).

103. *Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.).

104. *Droit de la famille - 653*, [1989] R.J.Q. 1361 (C. de la J.); *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Bedford, 460-43-000013-892, 26 septembre 1989, p. 7; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000013-892, 26 septembre 1989, p. 18; voir aussi *Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.), p. 399 et *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 632 et 636. *Droit de la famille - 528*, [1992] R.D.F. 103 (C. de la J.).

105. Voir *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), à la page 637, M. le juge Baudouin réfère expressément à la thèse française de l'abandon intentionnel. Voir, à ce sujet, Y. PATUREAU, «Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné», *Dalloz* 1978, chr. XXXIX, p. 168. M. VISMARD, «La notion d'enfant abandonné au sens de l'article 368 du Code civil», J.C.P., 1956, 2, p. 1315. R. NERSON, R.T.D.Civ., 1980, p. 109. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, R.T.D.Civ., 1984, p. 299. J. STOUFLET, «L'abandon d'enfant», R.T.D.Civ., 1959, p. 630. C. LAVALLÉE, *L'abandon et l'admissibilité à l'adoption, aperçu comparatif des systèmes français et québécois*, Maîtrise, D.E.A., Lyon, France, Juin 1994, pp. 69 à 72.

Dès lors, on ne se préoccupait plus d'assurer la continuité chez l'enfant au plan de son développement affectif, physique, intellectuel et moral.

La Cour d'appel, dans l'arrêt *Droit de la famille - 1544*¹⁰⁶, a donc reconnu qu'elle avait, dans l'arrêt *Droit de la famille - 256*¹⁰⁷, erronément introduit dans le paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. une condition qui ne s'y trouvait pas.¹⁰⁸ Mais, même si elle rejette la théorie de l'abandon volontaire, on perçoit néanmoins un malaise certain chez les juges qui éprouvent de la difficulté à garder le cap sur l'objectif des dispositions en matière d'adoption, soit attribuer à l'enfant une famille permanente et des parents capables de s'en occuper.

Il est essentiel de situer, l'une par rapport à l'autre, les positions de messieurs les juges Vallerand et Baudouin, messieurs les juges McCarthy et Fish¹⁰⁹ étant d'accord également pour rejeter la condition d'un abandon volontaire pour déclarer l'enfant admissible à l'adoption. Quant à monsieur le juge Beauregard (dissident), il est le seul à soutenir que l'abandon doit être répréhensible¹¹⁰.

1) La position de la Cour d'appel fondée sur la lettre et l'esprit de la loi. (Juge Vallerand)

Le rejet par la Cour d'appel, en 1992, de la conception voulant que seul l'abandon volontaire ou délibéré puisse justifier une déclaration d'admissibilité à l'adoption avait été précédé de plusieurs arrêts qui avaient déjà conclu que le paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. ne comportait aucun élément intentionnel.¹¹¹

106. [1992] R.J.Q. 617 (C.A.).

107. (1988) R.D.F. 397 (C.A.).

108. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.). MM. les juges Vallerand, Baudouin et McCarthy rejettent sans équivoque la «thèse intentionnelle», tandis que M. le juge Beauregard est dissident alors que M. le juge Fish rejette aussi la thèse de l'abandon intentionnel, mais en utilisant la théorie des «distinctions du *common law*» (étrangère au droit civil) en faisant valoir que la décision portée en appel est différente de celle de l'arrêt antérieur de la Cour d'appel - *Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.).

109. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 626 et 639.

110. *Id.*, pp. 620 à 626.

111. Voir, à titre d'exemples, *Droit de la famille - 256*, [1986] R.J.Q. 139 (T.J.), p. 144 : le Tribunal de la jeunesse avait déjà, en 1986, indiqué que l'article 559 paragr. 2 C.c.Q. ne comportait pas d'exception : «*Le présumer serait sûrement agir de lege ferenda*». *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235. *Droit de la famille - 388*, [1987] R.D.F. 285 à 291. *Droit de la*

M. le juge Vallerand¹¹² rappelle d'abord que, confrontés à des situations difficiles, les tribunaux ont cherché à tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles se trouvaient les parents et de la façon dont ils s'acquittaient ponctuellement de leurs obligations parentales¹¹³ afin de déterminer si le parent, à l'écart du quotidien de l'enfant, assume l'essentiel de ses devoirs.¹¹⁴ Cette règle, pourtant simple à première vue, a entraîné ce que M. le juge Vallerand qualifie de «*dérapage*» jurisprudentiel fondé sur la compassion à l'égard des parents, mais sans égard à la situation vécue par leurs enfants. Ce «*dérapage*» s'est développé de la façon suivante :

«Mais voilà que, depuis les circonstances concrètes et la manière ponctuelle dont le parent remplit ses obligations, on est passé aux circonstances concrètes qui font que le parent ne remplit pas ses obligations.

Extraire tous les empêchements extérieurs, c'était passer des circonstances de l'enfant dont on n'assume pas, aux circonstances des parents qui n'assument pas et on allait désormais parler d'abandon, puis d'abandon coupable, puis enfin d'attitude charitable à l'endroit des parents alors que la loi, elle, ne parlait toujours que de «n'assument pas de fait». Bref, on avait substitué le comportement subjectif des parents aux circonstances objectives de l'enfant auxquelles pourtant seules s'intéresse l'article 611 (devenu l'article 559 C.c.Q.)»¹¹⁵

Bref, d'après monsieur le juge Vallerand, le texte du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. est clair et n'a pas à être interprété; l'interprétation qu'en a donnée la Cour d'appel dans *Droit de la famille - 256*, à savoir que l'expression «*n'ont pas assumé de fait*» signifiait «ont délaissé, abandonné», conduit à éliminer

famille - 653, [1989] R.J.Q. 1361 (C. de la J.) (Dans cet arrêt, on s'efforce de diminuer l'influence de la décision de la Cour d'appel, en 1988, qui avait introduit la condition supplémentaire à l'article 559 paragr. 2 C.c.Q.).

112. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 631.

113. *Droit de la famille - 132*, [1984] T.J. 2036.

114. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 631.

115. *Id.*, p. 631. (Les parenthèses sont de nous.)

l'expression «*de fait*» et à substituer au constat objectif requis par la loi : «*une notion de faute, une notion subjective, étrangère au texte.*»¹¹⁶

Monsieur le juge Vallerand estime que l'article 559 C.c.Q. couvre tous les enfants dont les parents n'assument pas de fait le soin, l'entretien ou l'éducation, peu importe la cause, comme la maladie mentale, la négligence, l'irresponsabilité, le désintéressement¹¹⁷. En effet, cette disposition ne crée pas d'exceptions implicites. S'il fallait excuser les parents de «ne pas assumer de fait» pour protéger le lien de filiation, l'enfant abandonné pourrait difficilement prétendre à la stabilité que procure une famille permanente en regard d'une famille d'accueil dont le statut «temporaire» empêche l'enfant de s'y intégrer à tous égards.

**2) La position ambiguë de la Cour d'appel fondée sur le concept
«d'impossibilité», le risque d'un nouveau dérapage. (Juge
Baudouin)**

Monsieur le juge Baudouin abonde dans le même sens que M. le juge Vallerand à propos de l'interprétation du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. en ajoutant que cette disposition ne codifie pas les droits des parents sur l'enfant, mais vise plutôt à remédier à une situation de crise.¹¹⁸ Ce n'est donc pas une punition. À ses yeux, la thèse intentionnelle de l'abandon «*consacre une déviance du but même de l'institution*»¹¹⁹. Il dénonce également l'assimilation faite par la Cour d'appel, en 1988, de la déchéance parentale à l'adoption en écrivant :

116. *Id.*, p. 631. (Les italiques sont de nous.) Voir aussi à la page 633 où M. le juge Vallerand rejette aussi l'analogie de l'adoption avec la déchéance parentale en ces termes : «La première (la déchéance) frappe d'un stigmate le parent foncièrement coupable; en vue de l'intérêt de l'enfant, certes, mais sur la foi du *comportement du parent*. La seconde (adoption) vient au secours d'un enfant dont personne n'assume la charge, à partir cette fois des circonstances de l'enfant. Transporter de la première à la seconde la notion de culpabilité des parents me paraît être contraire au caractère propre de chacune et inadmissible. (Le mot «adoption» entre parenthèses est de nous.) Voir aussi la position de M. le juge Baudouin à ce sujet à la page 636.

117. *Id.*, p. 632.

118. *Id.*, p. 638.

119. *Id.* (Les italiques sont de nous.)

«Que cette inhabileté résulte, comme c'est malheureusement le cas parfois *d'un abandon de l'enfant, de l'indifférence, de l'égoïsme, d'une négligence, d'un laisser-aller, d'une inconscience, d'une abdication complète* des responsabilités parentales, *ou* comme dans le présent dossier, *d'une impuissance à remplir la fonction parentale importe peu*. Le tribunal n'a pas, en matière d'adoption, contrairement à ce qui se passe en matière de déchéance de l'autorité parentale, à juger et sanctionner la conduite des parents, mais plutôt à constater si oui ou non ils ont assumé *en fait* le soin, l'entretien ou l'éducation pendant le temps prévu à l'article 611 C.c.Q. (devenu l'article 559 paragr. 2 C.c.Q.) *Le tribunal ne prononce donc pas de condamnation; il fait une simple constatation.*»¹²⁰

Toutefois, M. le juge Baudouin signale le danger d'une éventuelle discrimination à l'égard des personnes intellectuellement déficientes en proposant une autre conception qui paraît incompatible avec les règles énoncées aux articles 559 paragr. 2 et 561 C.c.Q. Il écrit, à propos de la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption d'un enfant dont le parent est inapte mentalement, que :

«Vu l'absence de participation de celle-ci, (cela) requiert *une preuve convaincante du caractère irréversible de la maladie de la mère et du caractère certain de son impossibilité de pourvoir aux besoins de l'enfant ...il faut présenter une preuve décisive... on ne saurait admettre... qu'une décision judiciaire vienne priver celle-ci, parce qu'elle est atteinte de ce handicap, du lien naturel de son enfant. Il y aurait là un acte contraire aux préceptes de l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne.*»¹²¹

Ce passage relance le débat. Au critère «*ne pas assumer de fait*» qui relève d'un constat objectif, *on lui substitue une nouvelle condition, soit «l'impossibilité pour le parent de pourvoir aux besoins de l'enfant»*. Il s'agit d'une contradiction inexplicable puisqu'il ne suffit pas, à ses yeux, de prouver que le parent n'a pas assumé de fait ses devoirs. Il faut, en outre, en établir l'impossibilité lorsqu'il s'agit d'une personne handicapée mentalement. M. le juge Baudouin risque de dénaturer à nouveau le contenu du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. en remplaçant «*ne pas assumer de fait*» par «*l'impossibilité de le faire*».

120. *Id.*, p. 638. (Les italiques et les parenthèses sont de nous.)

121. *Id.*, p. 636. (Les parenthèses et les italiques sont de nous.)

C'est un retour à la case départ. La thèse de «l'impossibilité» remplace celle de «l'abandon intentionnel». *Réfère-t-il plutôt à la preuve de la probabilité de reprise en charge* par le parent prévue à l'article 561 C.c.Q.? Si tel est le cas, rappelons que cet article crée une présomption d'improbabilité que le parent doit renverser par une preuve de probabilité de reprise en charge. M. le juge Baudouin en inverserait donc le fardeau de la preuve en exigeant qu'on établisse l'impossibilité de reprise en charge de l'enfant par le parent handicapé mentalement.¹²²

On sent très bien le malaise auquel est confronté M. le juge Baudouin lorsqu'il s'agit d'un parent déficient intellectuel puisqu'il ajoute plus loin :

«Il ne faut pas voir à tout prix dans l'adoptabilité, puis dans l'adoption, une sorte de panacée universelle permettant, par un tour de baguette magique de régler tous les problèmes et de combler les carences de l'enfant... Il existe d'autres mesures permettant sinon d'assurer, du moins de promouvoir la stabilité et le bonheur des enfants laissés pour compte...»¹²³

Il y a longtemps qu'on ne considère plus au Québec l'adoption comme une panacée universelle. Bien au contraire, les adoptions québécoises fondées sur l'admissibilité à l'adoption s'obtiennent de haute lutte devant les tribunaux. Il y a encore trop d'enfants abandonnés dans des familles d'accueil et qui restent sans port d'attache, sans famille réelle où ils pourraient se sentir désirés. Bien sûr, l'adoption ne peut convenir à toutes les situations, *mais on la rend tellement difficile à obtenir, en ajoutant, par interprétation, tellement de conditions que de nombreux enfants, auxquels on aurait pu trouver des parents, sont voués à «l'abandon institutionnalisé»* pour éviter de faire des choix difficiles en oubliant que ce n'est pas l'enfant qui est à l'origine de sa situation actuelle. Qui doit-on sacrifier? Les autres mesures auxquelles M. le juge Baudouin fait référence, sans indiquer lesquelles, pour suppléer à l'inexécution des devoirs parentaux qui devront être remplis par d'autres sont, en pratique, fort restreintes. C'est pourquoi

122. Art. 39, L.R.Q., c. C-12 : en dépit de cette disposition, il semble difficile, par-delà toutes les déclarations de principe, de considérer l'enfant comme un véritable sujet de droit et ce même si la Charte des droits et libertés de la personne lui reconnaît, en vertu de l'article 39, le droit d'avoir des parents pour s'occuper de lui. Voir, à ce sujet, *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.).

123. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 637.

le législateur impose au directeur de la protection de la jeunesse d'envisager l'adoption lorsque le respect des droits de l'enfant le demande¹²⁴. En effet, la famille d'accueil, où l'enfant se retrouve habituellement, n'est qu'un «*moyen provisoire de pourvoir à divers types d'incapacité parentale*»¹²⁵, et elle ne peut, à ce titre, lui assurer stabilité et sécurité.

Terminons sur les positions de MM. les juges Vallerand et Baudouin en soulignant que le handicap mental d'un parent ne constitue pas en soi un motif d'admissibilité à l'adoption.¹²⁶ Ce n'est pas la maladie mentale elle-même qui est en cause, mais son effet sur la capacité parentale des parents à remplir leurs devoirs parentaux. Le tribunal doit chaque fois vérifier si les parents assument dans les faits le soin, l'entretien ou l'éducation de leur enfant, et comme le précise M. le juge Vallerand :

«Le juge de l'adoptabilité doit statuer, à partir des faits, à savoir si les parents assument de fait le soin, l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il est des cas difficiles, des circonstances particulières, *qui l'amèneront à conclure que le parent -- y compris le parent handicapé mental -- qui n'assume pas de façon conventionnelle, assume néanmoins.* Mais cela ne signifie pas que celui ou celle qui n'assume pas du tout, assume pourtant, uniquement parce que, incapable de le faire, il ne mérite aucun reproche.»¹²⁷

Entre le parent déficient intellectuellement ou atteint d'une maladie mentale qui n'assume pas du tout ses devoirs parentaux et celui qui, malgré son handicap mental, assume réellement «même si de façon non-conventionnelle» en exerçant ses «*capacités parentales restantes*» *par des gestes concrets et significatifs pour l'enfant*, il existera toujours une zone grise. On peut apercevoir facilement le danger de voir réapparaître subrepticement, lors de cet exercice, l'idée

124. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 72.1.

125. Voir, à ce sujet, *Droit de la famille* - 1725, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), pp. 10 et 11.

126. *Droit de la famille* - 1544, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 638 et 640. Voir aussi *Droit de la famille* - 653, [1989] R.J.Q. 1361 (C. de la J.), pp. 1366 et 1367. Dans cet arrêt, le tribunal refuse de suivre l'arrêt de la Cour d'appel (*Droit de la famille* - 256, [1988] R.D.F. 397 (C.A.), p. 399) qui introduit la thèse de l'abandon intentionnel à l'article 559 paragr. 2 C.c.Q. en lui donnant une portée absolue. Il estime que l'incapacité mentale peut conduire à l'adoption si le parent n'a pas assumé de fait ses devoirs.

127. *Droit de la famille* - 1544, (1992) R.J.Q. 617 (C.A.), p. 636. (Les italiques sont de nous.)

«*d'excuse*» par compassion pour ce parent qui fait «*son possible*». ¹²⁸ Il ne faut jamais perdre de vue que l'analyse de la situation doit avoir pour objectif l'évaluation de la réalité vécue par l'enfant, que l'appréciation du devoir «*d'assumer de fait*» doit être nécessairement objective et toujours s'effectuer à partir «des circonstances propres à l'enfant».

Prenons l'exemple suivant pour illustrer ce danger potentiel. Le parent, qui souffre d'une maladie mentale, possède des «*capacités parentales restantes*» assez restreintes, mais qu'il exerce toutefois. Par contre, l'enfant, malgré ces manifestations parentales à son égard, n'a pas développé de lien affectif significatif avec son parent en raison de la pauvreté des échanges entre eux. Bien au contraire, il les perçoit de plus en plus négativement car, à ses yeux, ces rencontres non désirées l'empêchent de s'intégrer à son milieu de vie substitut devenu, au fil des ans, son véritable milieu familial.

À la lumière des principes énoncés dans l'arrêt *Droit de la famille - 1544*, on ne peut faire abstraction de la réalité vécue par l'enfant, ni de la perception de ses rapports avec ses parents puisque l'autorité parentale existe dans son intérêt. Il est donc nécessaire d'évaluer la suffisance de l'exécution des devoirs parentaux en tenant compte de la situation de l'enfant. À ce sujet, M. le juge Fish écrit, à propos du parent souffrant d'un handicap physique ou mental qui exerce ses devoirs et responsabilités parentales à l'intérieur de ses capacités et de ses moyens, que l'action parentale devrait être considérée suffisante même si elle n'offre que : «*presence, interest and concern*» ¹²⁹. Une telle conclusion ne peut être valable que si les manifestations parentales minimales ont laissé des traces tangibles et perceptibles chez l'enfant. En effet, quelle différence y-a-t-il entre la situation de l'enfant dont le parent n'assume pas ses «*capacités parentales restantes*» et celle d'un autre enfant dont le parent les assume en apparence, sans parvenir, en raison de la pauvreté des relations, à créer une relation affective significative même minimale avec lui? Dans les deux situations, l'enfant perçoit son parent comme une personne étrangère à son épanouissement et à son développement, ce qu'elle est d'ailleurs devenue en

128. *Id.* Sans référer à cette possibilité expressément, M. le juge Baudouin introduit le concept de «*l'impossibilité*» qui pourrait donner naissance à une nouvelle conception pour excuser le parent incapable de s'occuper de son enfant.

129. *Id.*, p. 639.

définitive.¹³⁰ Comme la Cour suprême l'a déclaré récemment : «*on ne peut mettre l'accent uniquement sur la capacité du père ou de la mère à assumer leurs responsabilités. Il faut aussi mettre l'accent sur l'enfant*»¹³¹.

En conclusion sur le rejet de la thèse de l'abandon intentionnel, il serait inapproprié de lui substituer celle de «*l'impossibilité de s'occuper de son enfant*» par crainte de discrimination à l'égard du parent déficient intellectuellement. M. le juge Baudouin semble proposer cette nouvelle condition avant de conclure à l'abandon et à l'absence de reprise en charge ou encore de prononcer l'admissibilité à l'adoption. Ce dernier aura sans doute l'occasion de préciser sa pensée sur cette nouvelle condition. En effet, le refus de déclarer adoptable un enfant, dont le parent ne peut s'occuper pour inaptitude mentale ou déficience intellectuelle, ne peut être fondé sur l'absence de preuve «du caractère certain de l'impossibilité de le faire», mais sur la preuve qu'une reprise en charge est possible à court terme. On ne peut soulever l'argument de la discrimination à l'égard des déficients mentaux ou intellectuels puisqu'il s'agit de donner des parents d'adoption à l'enfant parce que ses parents biologiques ne peuvent répondre à ses besoins affectifs sur une base régulière. C'est ce qu'il faut entendre par le respect des droits de l'enfant et la satisfaction de ses besoins essentiels. *La preuve dite «de l'impossibilité» n'est pas le choix du législateur ni textuellement, ni par interprétation.* Autrement, on finira assez souvent par refuser de déclarer adoptable l'enfant abandonné. Il leur suffirait alors d'indiquer qu'il y a peut-être un espoir pour conclure qu'il n'y a pas «une impossibilité certaine», même si la reprise en charge est aléatoire ou invraisemblable. *Pendant ce temps, l'enfant attend qu'on l'autorise à s'attacher légalement à des parents adoptifs sans risque pour lui de les perdre.*

130. Voir à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde, Réalité ou apparence*, op. cit., note 39, pp. 16, 17, 51, 76 à 80, 91.

131. C.C.A.S., *Metro Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, p. 168. Il s'agit d'une décision relative au statut d'un enfant dans une famille d'accueil désireuse de l'adopter.

**3) L'application récente par les tribunaux des critères de
«l'inaction parentale» et de «l'absence de liens significatifs avec
l'enfant».**

Le rejet de «l'abandon intentionnel» par la Cour d'appel a donc amené les tribunaux à considérer objectivement la conduite parentale pour déterminer la présence ou l'absence de liens significatifs entre l'enfant et ses parents. Les tribunaux sont retournés aux sources premières de l'interprétation du défaut d'assumer de fait les obligations parentales en faisant de l'enfant le sujet des règles d'adoption. Les parents, ayant abandonné leur enfant dans les faits, ne peuvent plus les invoquer à leur avantage, au nom de diverses excuses, qui apparaissent comme de véritables «constructions juridiques» pour conserver les liens biologiques aux dépens de la continuité et de la stabilité de l'enfant abandonné souvent depuis des années.

Donnons quelques exemples concernant autant le parent souffrant d'un handicap mental que celui qui n'en est pas atteint pour montrer comment les tribunaux ont depuis évalué l'inaction parentale en regard de la situation vécue par l'enfant au plan affectif.

Le tribunal a analysé¹³² la situation d'un enfant âgé de cinq ans vivant dans la même famille d'accueil depuis l'âge de trois mois à la suite de jugements successifs de protection. Le père l'a totalement abandonné depuis des années et la mère, une personne toxicomane, instable au plan affectif, a constamment refusé l'aide offerte pour contrôler ses difficultés personnelles et améliorer ses capacités parentales. Elle n'a eu qu'une *présence erratique* dans la vie de son enfant, négligeant toute manifestation à son égard pendant une période de neuf mois. Après avoir rappelé qu'il n'est plus nécessaire de rechercher les raisons de l'inaction parentale et qu'il suffit d'évaluer si, dans les faits, le parent s'est occupé de son enfant, le tribunal dégage les paramètres suivants pour déterminer s'il y a abandon :

«Il faut analyser les comportements des parents à l'égard de leur enfant et dans le cas où un enfant est placé à l'extérieur de son foyer, il faut considérer les

132. *Chambre de la jeunesse, C.Q., Abitibi, 620-43-000002-910, 4 décembre 1992.*

moyens que les parents, selon leurs capacités, ont adoptés pour conserver et exercer leur autorité parentale. Chaque situation présente donc des caractéristiques propres. Le Tribunal doit tenir compte pour cette analyse, des moyens qu'ils ont privilégiés seuls ou avec les intervenants pour garder contact et préserver les liens familiaux.»¹³³

Rappelons à ce sujet que «l'autorité parentale doit s'exercer de façon active et non passive en maintenant des liens étroits avec l'enfant»¹³⁴. Cet énoncé reprend, en des termes différents, ce que la Cour suprême avait déjà déclaré en 1934, à savoir que «si les parents désirent que les tribunaux les aident à conserver l'affection et l'attachement de leurs enfants, il faut qu'eux-mêmes s'y intéressent»¹³⁵. Récemment, la Cour suprême a repris la même idée dans l'arrêt *Young c. Young* en déclarant que l'intérêt de l'enfant n'était pas une notion équivalente à l'absence de préjudice.¹³⁶ C'est donc dire que le fait de ne pas nuire à l'enfant n'est pas un élément important. Elle ajoute que «l'intérêt de l'enfant n'est pas simplement d'être à l'abri de tout préjudice manifeste»¹³⁷.

Dans un autre litige¹³⁸, le tribunal déclare que les problèmes personnels de la mère ne doivent exercer aucune influence pour déterminer si elle a assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation de son enfant. En effet, «il n'est pas pertinent de se demander si la mère est abandonnante, mais plutôt si l'enfant est abandonnée, ce qu'elle est, dans les faits de la présente affaire.»¹³⁹

Le tribunal s'est également prononcé sur la qualité des gestes posés.¹⁴⁰ Il s'agit de jumelles âgées de neuf ans, placées dans la même famille d'accueil depuis l'âge de dix-huit mois à la suite de jugements successifs de protection prononcés pour cause d'inaptitude de leur mère à en prendre soin, en raison

133. *Id.*, pp. 25 et 26.

134. Voir à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant...*, *op. cit.*, note 39, p. 16.

135. Voir *Dugal c. Lefebvre* [1934] R.C.S. 501, p. 508.

136. [1993] 4 R.C.S. 3, p. 9.

137. *Id.*, p. 10.

138. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000019-923, 30 octobre 1992.

139. *Id.*, p. 9 (Les italiques sont de nous); voir dans le même sens *Droit de la famille - 1816*, [1993] R.D.F. 299 (C. de la J.), p. 308. Cette dernière décision a été confirmée en appel, *Droit de la famille - 1816*, [1994] R.D.F. 227 (C.A.).

140. *Protection de la jeunesse - 635*, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.).

d'une certaine déficience intellectuelle et de déficits sociaux importants. Le tribunal estime, pour apprécier s'il y a abandon, qu'il doit s'en tenir à la situation de fait vécue par les enfants, et ajoute que :

«... il ne suffit plus d'envoyer une carte ou un cadeau à l'occasion, de faire des téléphones à une travailleuse sociale pour avoir des nouvelles ou de la rencontrer. *Il faut que les moyens que les parents prennent aboutissent à des changements tangibles et perceptibles par les enfants.* C'est de cette façon qu'ils maintiendront *un certain lien avec eux*, leur donneront *l'espoir d'un retour dans le foyer familial et assumeront ainsi "leur responsabilité dans les faits"*. *N'est-ce pas là une obligation de résultat?* Les intentions, les raisons, les excuses, les blâmes, le manque de transport ou d'argent, etc., ne peuvent donc justifier la stagnation de la situation.»¹⁴¹

Enfin, le tribunal discute de la situation d'une mère qui, souffrant de schizophrénie, refuse tout traitement.¹⁴² Elle ne s'était jamais manifestée auprès de ses trois enfants depuis leur placement en famille d'accueil deux ans et demie plus tôt¹⁴³. Les efforts tentés par les intervenants sociaux pour l'amener à s'intéresser à ses enfants furent vains. Le tribunal conclut à l'abandon parce que la mère ne croit pas être malade et qu'elle refuse, en conséquence, de se faire soigner, ce qui l'empêche de remplir ses obligations parentales.¹⁴⁴ Son attitude amène le tribunal à constater un abandon¹⁴⁵ puisqu'elle n'offre aucun projet d'avenir pour ses enfants.¹⁴⁶

Nous pouvons conclure sur l'inaction parentale en rappelant ce que le Tribunal de la jeunesse avait déclaré, en 1985, à savoir que «*la paternité et la*

141. *Id.*, p. 456. (Les italiques sont de nous.)

142. *Droit de la famille - 1756*, (1993) R.D.F. 152 (C. de la J.), p. 155.

143. Le placement avait été fait conformément à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

144. *Droit de la famille - 1756*, (1993) R.D.F. 152, p. 155. «Le tribunal ne peut se retrancher derrière cet état de fait et ignorer la situation d'abandon». «La qualité de parent peut se déceler en paroles, mais doit certes se concrétiser en gestes dans l'intérêt de l'enfant, suivant les obligations de la loi et les facultés de chacun.»

145. *Id.*, p. 155.

146. *Id.*, p. 155; voir également *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000178-927, 15 juillet 1993, p. 9, où le tribunal conclut de la même façon à l'égard d'une mère atteinte d'une maladie mentale et qui refusait tout traitement.

maternité ne sont pas des situations statiques, mais elles consistent en des relations dynamiques»¹⁴⁷.

Le fait pour les parents de ne pas assumer leurs obligations parentales constitue la première étape qui permet de considérer l'enfant comme abandonné et potentiellement adoptable. Mais avant de déclarer l'enfant admissible à l'adoption, le législateur offre aux parents la possibilité de renverser la «présomption d'improbabilité» qui résulte de l'abandon en établissant qu'ils peuvent dorénavant le reprendre réellement en charge et en assumer le soin, l'entretien ou l'éducation. Examinons les conditions posées par les tribunaux pour accepter une probabilité de reprise en charge, suffisante pour renverser la présomption d'improbabilité énoncée à l'article 561 C.c.Q.

CHAPITRE II LES DIVERSES INTERPRÉTATIONS DES CONDITIONS D'UNE VÉRITABLE PROBABILITÉ DE REPRISE EN CHARGE DE L'ENFANT.

La présomption d'improbabilité de reprise de la garde de l'enfant en vue d'assumer le soin, l'entretien ou l'éducation¹⁴⁸ existe pour et dans le seul intérêt de l'enfant puisqu'elle est fondée sur son abandon déjà constaté.

L'interprétation de ce qu'il faut entendre par la «probabilité de reprise en charge de l'enfant» a également donné naissance à deux tendances semblables à celles étudiées précédemment pour déterminer s'il y avait abandon «de fait».

Deux théories différentes voient le jour, l'une estimant que toute reprise de la garde de l'enfant doit être évaluée en fonction des divers besoins de l'enfant et de la capacité des parents à les satisfaire. L'autre, à l'opposé, cherche à apprécier les capacités parentales à partir des parents eux-mêmes indépendamment de la réalité vécue par l'enfant. Les tenants de cette tendance confondent habituellement l'intérêt de l'enfant à rester dans sa famille d'accueil ou adoptive avec les aptitudes des parents à combler les besoins actuels de

147. *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-000051-843, 25 janvier 1985.

148. *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.). Aux pages 657 à 663, la Cour d'appel conclut que la présomption d'improbabilité ne viole pas les droits garantis par la Charte québécoise des droits et libertés de la personne et la Charte canadienne des droits et libertés.

l'enfant. L'article 561 C.c.Q n'est pas édicté pour départager la famille adoptive de la famille d'origine, mais uniquement pour décider si la preuve de reprise en charge de l'enfant est suffisante, vraisemblable et réalisable à court terme.

L'analyse de la jurisprudence révèle qu'une tendance, minoritaire à l'origine, limitait l'analyse de la probabilité de reprise en charge de l'enfant exclusivement aux capacités parentales. Ce courant jurisprudentiel, abandonné aujourd'hui, considérait l'article 561 C.c.Q. comme une dernière chance donnée aux parents de préserver les liens du sang avec leur enfant. La seconde tendance, majoritaire, considère à la fois les capacités parentales et les besoins particuliers de l'enfant en regard de la situation vécue par lui depuis l'abandon. Cette conception, fondée sur les besoins de l'enfant, est maintenant reçue unanimement tant par les tribunaux de première instance que par la Cour d'appel.

Examinons brièvement chacune de ces tendances pour comprendre la philosophie sous-jacente à l'adoption et les conséquences de l'inaction parentale.

Section 1 Les excuses parentales acceptées pour renverser la présomption d'improbabilité de reprise en charge.

Les tribunaux ont déformé la présomption d'improbabilité de la reprise en charge de l'enfant par ses parents en faisant abstraction que cette présomption résultait de la preuve préalable de l'abandon. On se contente d'une preuve des capacités parentales, indépendantes des besoins personnalisés de l'enfant, délaissé parfois pendant de nombreuses années. Examinons, à partir de quelques arrêts, le fondement de cette tendance.

Le tribunal, en 1985¹⁴⁹, fut saisi de la situation d'un jeune enfant, âgé de vingt mois, placé en famille d'accueil pratiquement depuis sa naissance pour cause d'instabilité émotive et matérielle de sa mère. La preuve révéla qu'elle avait eu, lors des cinq premiers mois du placement, des contacts supervisés réguliers avec son enfant sans qu'il soit possible de constater un rapprochement entre eux. La preuve indiquait de plus qu'elle envisageait l'adoption pour son

149. *Tribunal de la jeunesse*, Montréal, 500-43-000135-854, 18 décembre 1985.

enfant avant comme après sa naissance puisqu'il s'agissait d'une grossesse indésirée. Par la suite, dans les dix mois qui ont suivi, la mère n'eut qu'un seul contact avec son enfant. Le tribunal constata donc facilement l'abandon conformément au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q., d'autant plus qu'à la date de la signification de la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, la mère n'avait démontré aucune intention de modifier la situation. Après avoir affirmé qu'il appartient à la mère de prouver qu'elle pouvait reprendre son enfant en charge, le tribunal concluait qu'elle a renversé la présomption d'improbabilité de reprise en charge de l'enfant pour les motifs suivants : elle avait loué un appartement cinq mois plus tôt; elle avait, à la même époque, repris la garde de sa fille âgée de sept ans, sous la surveillance immédiate de sa propre mère qui en avait assumé la garde jusqu'alors, et enfin, elle était retournée aux études afin d'améliorer son autonomie financière. Notons que *toutes ces considérations ne concernent que la situation personnelle de la mère*. En aucun moment, le tribunal ne considère celle de l'enfant ainsi que l'impact de l'abandon sur lui. En effet, ayant conclu qu'il n'était pas improbable que la mère reprenne son enfant en charge puisqu'elle tentait de mettre fin aux causes premières du placement de ce dernier, le tribunal déclarait :

«..., il n'est pas nécessaire de nous prononcer sur l'intérêt de l'enfant. En effet, l'enfant ne répondant pas aux conditions prévues à la loi pour le déclarer judiciairement adoptable, nous n'avons pas à décider si son intérêt serait mieux servi dans la famille d'accueil où il se trouve actuellement. L'intérêt de l'enfant ne peut en effet servir d'argument pour mettre de côté le respect des règles de droit.»¹⁵⁰

Le tribunal confond les acquis personnels de la mère et les acquis au plan de ses capacités parentales. En outre, le fait d'avoir repris la garde d'un enfant de sept ans, duquel elle ne s'était jamais désintéressée, n'est aucunement déterminant pour évaluer la probabilité de reprise en charge d'un autre enfant qui n'a jamais vécu avec sa mère et qui n'a aucune relation affective significative avec elle. La preuve démontrait plutôt que l'enfant avait tissé une relation affective avec ses parents substituts, qui étaient désireux de l'adopter, et que la mère avait toujours fait preuve d'une attitude d'extrême méfiance à l'égard des

150. *Id.*, p. 11.

intervenants sociaux, ce qui n'augurait rien de positif quant à sa collaboration à une éventuelle réinsertion progressive de l'enfant auprès d'elle.

Toutefois, l'erreur du tribunal consiste à discuter de l'intérêt de l'enfant à rester dans sa famille affective, au lieu d'analyser la preuve de probabilité de reprise en charge à partir des besoins actuels de l'enfant pour évaluer les capacités parentales de la mère. Cette évaluation ne peut se faire dans l'abstrait¹⁵¹. Le tribunal n'a pas à déterminer à ce stade si l'intérêt de l'enfant est de continuer à demeurer dans sa famille affective, mais plutôt d'examiner si la mère, *compte tenu de la situation vécue par l'enfant depuis son placement*, possède les capacités parentales nécessaires pour répondre aux besoins actuels de l'enfant. Comment prétendre que la location d'un logement par la mère et son retour aux études puissent constituer des éléments de capacité parentale? Cette décision considère l'enfant comme une «propriété biologique» et un objet de droit puisqu'à aucun moment le tribunal ne cherche à identifier les besoins concrets de l'enfant abandonné en regard des capacités réelles de la mère à les satisfaire.

Dans une seconde affaire¹⁵², le tribunal, après avoir constaté l'abandon, considère uniquement la situation du père, estimant qu'il avait fait des efforts pour tenter de mettre fin aux causes du placement de son enfant en famille d'accueil et qu'il n'était donc pas improbable qu'il reprenne ce dernier en charge. Le tribunal exclut de son analyse toute référence à la situation de l'enfant puisqu'à ses yeux la reprise en charge par le père étant probable, il devenait «purement académique» de débattre de l'intérêt de l'enfant.¹⁵³

Pour convaincre le tribunal de la probabilité de la reprise en charge de son enfant, il a suffi que le père établisse qu'il avait cessé de consommer de l'alcool et qu'il avait continué, malgré les ordonnances d'interdiction de contact avec son enfant, à revendiquer ses droits sur lui. Pourtant, la preuve révéla que les causes du placement de l'enfant n'étaient pas uniquement l'alcoolisme du père, mais

151. *Droit de la famille* - 376, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239.

152. *Droit de la famille* - 231, [1985] T.J. 2044.

153. *Id.*, p. 2053.

également son instabilité sur le plan émotif et matériel¹⁵⁴ et qu'il était solitaire et très dépendant de sa fille aînée. Le tribunal reconnaît d'ailleurs que les démarches du père auprès des intervenants sociaux avaient toujours été faites «... *afin de faire valoir des droits et non pas afin de s'inquiéter réellement de l'enfant*». ¹⁵⁵

Toutefois, aux yeux du tribunal les efforts du père étaient suffisants. Dans l'évaluation de la probabilité de reprise en charge par le père, il ressort que le tribunal ne tint aucunement compte qu'il s'agissait d'un enfant de sept ans, né en plein tumulte, ayant connu une série de placements en famille d'accueil peu de temps après sa naissance avant de bénéficier, enfin, de stabilité dans son actuelle famille d'accueil depuis environ un an. L'enfant, selon la preuve psychologique, était fragile en raison de son lourd passé émotif et n'avait aucun lien affectif significatif avec son père. Il cherchait plutôt à vérifier son sentiment d'appartenance à son actuelle famille d'accueil, désireuse de s'impliquer à long terme auprès de lui et même de l'adopter. Pour le tribunal, tous ces éléments sont étrangers au présent débat et n'ont donc pas à être pris en considération.

Cette décision fut confirmée par la Cour d'appel¹⁵⁶, qui rappelle que :

«L'article 613 du Code civil du Québec (devenu l'article 561 C.c.Q.) prévoit deux stades : au premier stade, la Cour doit déterminer en vertu de l'article 613 (devenu l'article 561 C.c.Q.) qu'"il est improbable que son père, sa mère ou son tuteur en reprenne la garde et en assume le soin, l'entretien ou l'éducation..."; deuxièmement, après que ce premier stade a été franchi, on décide suivant l'intérêt de l'enfant des modalités de son adoption.»¹⁵⁷

154. *Id.*, pp. 2045, 2047, 2048 et 2051 : on apprend que le père n'a affectué aucune des contributions requises, qu'il *a déménagé 27 fois*, qu'il y a eu plusieurs jugements successifs en protection de l'enfant, au début avec droits de visite, lesquels ont été suspendus lors du dernier jugement en protection qui plaçait l'enfant jusqu'à sa majorité avec la recommandation de lui faire nommer un tuteur. Ses seuls contacts avec l'enfant se sont limités à l'envoi de cadeaux et de photos à une reprise.

155. *Id.*, p. 2052. (Les italiques sont de nous.)

156. *Droit de la famille - 231*, [1988] R.J.Q. 230 (C.A.).

157. *Id.*, p. 234. (Les parenthèses et les italiques sont de nous.)

Puis, statuant sur l'intention du législateur à propos de l'article 561 C.c.Q., la Cour interprète erronément cette disposition, en déclarant que :

«Le législateur a considéré que l'intérêt naturel d'un enfant c'est d'être sous la garde de ses parents à moins qu'il soit démontré qu'il est "improbable qu'ils puissent le faire"; comme un jugement d'adoptabilité rend à tout jamais impossible la reprise de la garde par les parents, l'article 613 (devenu l'article 561 C.c.Q.) a pour but d'éviter tout geste irréparable s'il y a encore une lueur d'espoir que les parents naturels pourraient reprendre le rôle que la nature leur a confié.»¹⁵⁸

Bref, on donne la priorité quasi-absolue aux liens du sang puisque le père ne peut pas invoquer ses liens affectifs avec l'enfant ou son intérêt pour lui dans le passé. On refuse ainsi de donner suite à l'intention du législateur qui a créé l'adoption pour permettre à un enfant d'avoir une véritable famille affective *lorsque sa famille biologique, qui avait d'abord reçu cette mission, ne l'a pas assumée*. L'enfant peut-il accepter ou se satisfaire du simple espoir d'être repris en charge un jour si cet espoir n'est pas *au moins concrétisé par un projet tenant compte de sa situation, de ses besoins et de sa personnalité*?

On constate combien cette tendance reste fondée sur les liens biologiques puisqu'à nul moment on ne cherche à évaluer *la capacité parentale en rapport avec les attentes de l'enfant qu'on prétend vouloir reprendre en charge*. Bien plus, la Cour d'appel substitue à la «présomption d'improbabilité» édictée par la loi une «présomption de probabilité» puisque, comme elle le dit, on devrait démontrer qu'il est improbable que les parents puissent reprendre l'enfant. Les tribunaux peuvent interpréter la loi, mais ils n'ont pas le pouvoir de la modifier. Rappelons que la présomption d'improbabilité est précédée du constat d'abandon, d'où la nécessité imposée aux parents de prouver qu'ils sont en mesure de reprendre la garde réellement¹⁵⁹, non pas d'un enfant, mais de cet enfant dont ils ne se sont pas occupés de fait.

158. *Id.*, p. 234; soulignons que M. le juge Dugas (ad hoc) et Mme la juge Tourigny, qui concourent à la décision, donnent à penser que l'intérêt de l'enfant jouerait un certain rôle lors de la preuve sur la probabilité d'une reprise en charge de l'enfant en vertu de l'article 561 C.c.Q. (Les parenthèses sont de nous.)

159. *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 643 (C.A.), p. 654. Dans cette affaire, l'abandon dure depuis sept ans.

On retrouve cette même idée dans un autre arrêt de la Cour d'appel dans lequel M. le juge Baudouin, bien que rejetant la thèse de l'abandon intentionnel, estime qu'on doit établir clairement que la personne ne peut combler les besoins de l'enfant¹⁶⁰. Pourtant, le fardeau de la preuve incombe aux parents, qui ne se sont pas occupés de fait de leur enfant, d'après l'article 561 C.c.Q. En d'autres termes, le législateur, en édictant cette présomption, indique son intention de ne pas se satisfaire des seuls liens biologiques pour justifier la reprise en charge de l'enfant. *C'est plutôt le parent qui doit établir de façon prépondérante qu'il possède maintenant les capacités parentales pour répondre aux besoins particuliers de son enfant qu'il a abandonné.*¹⁶¹

Dans le cadre de l'enquête et audition, il peut arriver que la partie ayant à prouver l'abandon fournisse en même temps au tribunal quelques éléments de preuve, par anticipation, à l'encontre de la preuve de «probabilité» que les parents pourraient faire. Mais il est différent d'élever, par interprétation, au rang de règle de droit l'obligation d'établir qu'il est improbable que les parents reprennent l'enfant en charge, alors que la loi pose une règle différente qui exige plutôt une preuve de «probabilité» de la part du parent dont l'enfant a été jugé préalablement abandonné.

La deuxième tendance majoritaire montre, au contraire de la première, la cohérence entre les étapes dans le processus de l'admissibilité à l'adoption lorsque l'intérêt de l'enfant sert de toile de fond à l'évaluation de la vraisemblance d'une réelle reprise en charge.

160. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 636.

161. *Id.* Voir aussi, *Protection de la jeunesse - 635*, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 456; *Droit de la famille - 1756*, [1993] R.D.F. 152 (C. de la J.), p. 155.

Section 2 Les capacités parentales évaluées en corrélation avec les besoins particuliers de l'enfant.

La théorie selon laquelle la reprise en charge de l'enfant doit être appréciée non seulement en regard des capacités parentales, mais en considérant aussi les besoins de l'enfant et la possibilité d'établir un lien affectif avec lui, a été établie par la Cour d'appel dans *Droit de la famille - 376*¹⁶². Plusieurs arrêts¹⁶³ avaient déjà tracé la voie à ce jugement en affirmant la nécessité de tenir compte des besoins de l'enfant et de l'absence d'un lien affectif significatif entre les parents et l'enfant.

Dans cet arrêt, M. le juge Vallerand précise que l'interprétation de la probabilité de reprise en charge doit s'effectuer à la lumière de la relation bipolaire entre l'enfant et ses parents car :

«Assumer le soin, l'entretien ou l'éducation n'est pas une notion abstraite qu'on puisse apprécier uniquement en fonction des disponibilités de celui qui assume. Tout disposé qu'il soit à offrir, il ne pourra assumer que si l'enfant est en mesure de *recevoir* utilement. Et ce qui est vrai du point de vue matériel l'est tout autant du point de vue psychique, psychologique et affectif. Imaginons le cas de cet enfant qui, profondément traumatisé, vouerait une haine incurable à sa mère qui l'a "abandonné". Il va de soi que celle-ci ne pourrait espérer un instant en assumer le soin et l'éducation.»¹⁶⁴

Le juge poursuit, en adoptant ce que la Cour supérieure avait déjà décidé¹⁶⁵ à propos des éléments à retenir pour apprécier la probabilité de reprendre charge de son enfant :

«Comment apprécier la probabilité d'un père et d'une mère à reprendre charge de leurs enfants sans évaluer d'abord la situation physique, psychologique,

162. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.).

163. À titre d'exemples, voir *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-0051-843, 25 janvier 1985, p. 6 et *Tribunal de la jeunesse*, T.J. Montréal 500-43-000376-847, 16 septembre 1985, p. 7 et *Droit de la famille - 1101*, [1987] R.D.F. 244 (T.J.), p. 252.

164. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239. (Les italiques sont de nous et les guillemets sont dans le texte.)

165. Cour supérieure, St-François, 450-05-000571-816, 20 avril 1982.

financière et morale de ceux-ci non pas dans l'abstrait (mais en regard de l'enfant qui fait l'objet du litige). *L'âge, la santé physique et mentale, ses besoins particuliers doivent également être considérés non pas pour décider quel est le milieu de plus favorable à son intérêt, mais comme des facteurs pouvant conduire à une probabilité de prise en charge.*»¹⁶⁶

La Cour d'appel précise également au sujet des «besoins particuliers» de l'enfant, qu'il faut éviter de tomber dans le piège du choix *a priori* du milieu de vie qui paraît le plus favorable à l'enfant, car ce n'est pas la question posée. Le tribunal ne doit cependant ni ignorer la situation vécue par l'enfant dans sa famille affective ni prendre en considération uniquement la volonté parentale, qui ne suffit pas à elle seule à renverser la «présomption d'improbabilité». ¹⁶⁷

Récemment, la Cour d'appel¹⁶⁸ réaffirmait l'obligation d'examiner la situation factuelle, tant du point de vue du parent que de celui de l'enfant, et qu'il appartenait au parent de renverser la présomption d'improbabilité de reprise en charge en établissant la possibilité que lui «et l'enfant puissent reprendre contact dans le meilleur intérêt de ce dernier». ¹⁶⁹

Enfin, dans une autre décision récente¹⁷⁰ concernant des parents ayant des problèmes mentaux, la Cour d'appel, référant à l'arrêt *Droit de la famille - 1544*, écarte la simple intention des parents de reprendre l'enfant en décidant que «...l'improbabilité de la reprise en charge des obligations parentales doit être analysée *sous l'optique de l'enfant, sans référence à l'intention des parents.*»¹⁷¹

-
166. *Droit de la famille - 376* [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239. (Les italiques sont de nous.)
 167. *Id.*, p. 1239. M. le juge Vallerand souligne que si «...*les besoins particuliers* sont déterminants et ces besoins, en partie créés par la famille d'accueil, il faut évaluer la capacité de la famille biologique de les satisfaire sans égards à celle, évidente et supérieure de la famille d'accueil.» (Les italiques sont dans le texte.)
 168. *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.).
 169. *Id.*, p. 654. La Cour d'appel ajoute qu'il faut évaluer la situation des deux parties soit «la possibilité d'offrir de la part du parent qui cherche à recréer le lien et la possibilité de recevoir de la part de l'enfant qui a vu factuellement ce lien rompu.»
 170. *Droit de la famille - 1628*, MM. les juges Baudouin, Deschamps et Beauregard (dissident) C.A. Québec, 200-08-000024-878, 28 mai 1992.
 171. *Id.*, p. 5. (Les italiques sont de nous.)

Ces trois arrêts de la Cour d'appel établissent des critères qui doivent guider les tribunaux pour évaluer la possibilité d'une réelle reprise en charge en respectant la situation vécue par l'enfant et en le considérant comme un être concret et non abstrait. Elle n'exclut pas les parents, mais elle reprend, d'une certaine manière, ce que la doctrine avait déjà proposé.¹⁷²

Bien entendu, les liens affectifs existant entre l'enfant et sa famille affective ne donnent pas préséance à celle-ci¹⁷³. Ils obligent cependant le tribunal à vérifier au préalable si les parents sont en mesure de fournir à leur enfant un milieu stable, susceptible de favoriser la continuation du développement de sa personne et ce, dans l'immédiat et de façon permanente.¹⁷⁴ Autrement, la rupture entre l'enfant et sa famille affective serait dramatique, inutile puisqu'il risque de nouveau d'être abandonné ou placé dans une autre famille d'accueil.

En effet, il est important de se rappeler que l'enfant vit l'abandon suivant le mode affectif¹⁷⁵. L'indifférence ou l'absence parentale lui cause plus de tort qu'on ne peut l'imaginer. Si les parents sont capables de rationaliser des rapports affectifs et de conserver un lien d'attachement abstrait à l'égard de l'enfant qu'ils ont abandonné, il en va autrement de l'enfant qui vit au jour le jour. Les tribunaux ne doivent pas présumer de la capacité d'adaptation de l'enfant. Au contraire, les déplacements provoquent une insécurité qui, si elle n'est pas comblée par une nouvelle stabilité affective, entraînera des effets souvent désastreux chez lui.¹⁷⁶ *Le maintenir dans un état d'incertitude au seul motif que*

172. C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant ...*, op. cit., note 39, p. 91. L'auteur écrit à propos de la reprise en charge que «Le tribunal devrait aussi s'interroger sur la "capacité" du parent de pouvoir établir des liens psychologiques (affectifs) avec l'enfant et sur la stabilité qu'il peut offrir en regard de celle déjà proposée par les adoptants avant de le retirer de sa future famille adoptive.» (Les parenthèses sont de nous.) Voir, en ce sens, *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, p. 104.

173. Voir, notamment, *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), pp. 1240 et 1241 et *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-002500-43-000, 30 août 1990, p. 11.

174. Voir, en ce sens, *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 654. Voir aussi, *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239.

175. J. GOLDSTEIN, S. SOLNIT, A. FREUD, *Beyond Best Interests of the Child*, New York, Free Press MacMillan Publishing Co. Inc., 1979, New Edition with Epilogue, pp. 9 à 13. Voir aussi, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant ...*, op. cit., note 39, p. 117.

176. Nous avons consulté à ce sujet le docteur Luc Morin, pédopsychiatre, professeur, Université McGill, sur les effets des déplacements de l'enfant.

*les parents veulent le reprendre sans avoir de projet réel ou lorsqu'ils proposent un projet non compatible avec la réalité vécue par l'enfant, c'est lui dénier le droit à une famille stable. On ne peut ignorer la réalité vécue par l'enfant comme l'indique la Cour suprême dans l'arrêt King c. Low*¹⁷⁷ :

«La loi accorde des droits aux parents naturels d'un enfant de manière à protéger et encourager le développement de ce très important attachement naturel, dans l'intérêt de l'enfant. La Cour reconnaît l'existence de ces droits à cette fin. *Mais lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un tel attachement n'existe pas entre le parent naturel et l'enfant mais s'est plutôt établi entre l'enfant et d'autres figures parentales, la Cour doit inévitablement prendre acte des faits de l'espèce en conséquence. Agir autrement équivaldrait à substituer une règle vaine à la réalité que la loi doit contenir et exprimer.*»¹⁷⁸

En effet, comme le souligne la Cour suprême dans l'arrêt *Racine c. Woods*¹⁷⁹, «... la Cour doit se soucier du lien parental comme force positive et significative dans la vie de l'enfant et non dans la vie du parent.»¹⁸⁰

Pour des raisons de commodité et de clarté, nous regroupons les principaux éléments dégagés par les tribunaux pour déterminer la possibilité réelle de reprise en charge de l'enfant. Nous distinguons ceux ayant trait à la «*possibilité d'offrir de la part du parent*» et ceux relatifs à la «*capacité utile de recevoir de l'enfant*».

A) **La possibilité d'une véritable reprise en charge par les parents.**

Abordons maintenant les enseignements tirés de la jurisprudence concernant la possibilité pour les parents de recréer des liens avec leur enfant. Les parents doivent établir la probabilité de reprendre la garde de l'enfant en offrant des éléments concrets vérifiables et *en excluant les intentions éventuelles non*

177. [1985] 1 R.C.S. 87.

178. *Id.*, p. 104. (Les italiques sont de nous.)

179. [1983] 2 R.C.S. 173.

180. *Id.*, p. 185; cette idée a été reprise plusieurs fois par les tribunaux. Voir, à titre d'exemple, *Chambre de la jeunesse, C.Q.*, district de Frontenac, 235-43-000007-916, 10 novembre 1992, p. 16.

réalistes ou tout projet qui aurait pour effet de permettre au parent de confier à d'autres les responsabilités qu'il ne peut assumer, peu importent les motifs.

1) Un projet précis, structuré et vraisemblable pour reprendre la garde physique de l'enfant.

Plusieurs décisions¹⁸¹ exigent que les parents présentent un projet de reprise en charge. Ce projet doit être plus qu'un simple énoncé d'intention. La crédibilité du projet doit reposer sur les besoins de l'enfant. En effet, on ne peut, à ce stade, se satisfaire de promesses ou d'intentions. Ainsi, à titre d'exemples, le tribunal refuse d'accepter les promesses de «gagner sa vie, de s'installer définitivement, de ne plus se droguer et de prendre charge de son enfant» et ce, sur une période de trois ans¹⁸², comme preuve de probabilité de reprise en charge. Un projet réaliste suppose souvent la reprise progressive de la garde de l'enfant avec une supervision externe afin de *prévenir un nouvel abandon*. En outre, le tribunal doit s'assurer que la stabilité est offerte par le parent lui-même et non par un tiers proche du parent qui pourra en tout temps cesser de lui apporter son aide.

La garde physique ne constitue pas un élément pour déterminer s'il y a eu abandon, mais elle devient un élément primordial lorsqu'il s'agit d'évaluer l'aspect sérieux du projet de reprise en charge de l'enfant.¹⁸³ On doit se méfier

181. Voir, à titre d'exemples, *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-000117-867, 3 juillet 1987, p. 7; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Beauce, 350-43-000001-916, 12 avril 1991, p. 7; *Droit de la famille - 1528*, [1992] R.D.F. 103 (C. de la J.), p. 113; *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), pp. 10 et 13 : le projet doit être vraisemblable et défini; *Droit de la famille - 1756*, [1993] R.D.F. 152 (C. de la J.), p. 155 : la mère n'a aucun projet d'avenir ni pour l'enfant ni pour elle-même et cela même si elle souhaite reprendre contact avec son enfant.

182. *Droit de la famille - 1913*, [1994] R.D.F. 174 (C. de la J.), p. 178.

183. À ce sujet, tant la jurisprudence que la doctrine se rejoignent. À titre d'exemple, voir *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 9 et l'auteure Suzanne PILON, *loc. cit.*, note 31, p. 417 qui écrit : «... pour amener un tribunal à considérer sa conduite, ce dernier n'a pas à faire la preuve qu'il est en mesure de reprendre la garde de l'enfant; seuls les devoirs de soin, d'entretien et d'éducation sont expressément énoncés à l'article 611 (devenu l'article 559 C.c.Q.). Le législateur reconnaît donc qu'un parent peut déléguer la garde de son enfant sans entraîner une situation d'abandon, pour autant qu'il assume ses autres devoirs ou qu'il prend les moyens pour les assumer. Par contre, cette possibilité pour le parent de reprendre la charge complète de l'enfant, y inclus le droit de garde, se retrouve à l'article 613 C.c.Q.

des projets aléatoires, hypothétiques ou invraisemblables fondés sur des engagements tels «on va prendre tout le temps qu'il faudra ... et lorsque l'enfant sera prêt, je le reprendrai»¹⁸⁴. À titre d'exemple, on a déjà accepté un projet, fondé sur une éventuelle reprise en charge par une proche de la mère afin de décider plus tard s'il serait souhaitable que ce proche recueille les enfants, pourtant abandonnés depuis plusieurs années¹⁸⁵ et avec lesquels il n'avait pas eu de contact depuis.

L'analyse de la situation doit donc permettre au tribunal de conclure à une possibilité réelle de reprise en charge immédiate de l'enfant ou dans un avenir raisonnable¹⁸⁶. À l'inverse, le tribunal refuse habituellement une probabilité de reprise en charge trop éloignée dans le temps, ce qui a pour effet de la rendre encore plus improbable en raison de la notion du temps qui prévaut chez l'enfant.¹⁸⁷

2) Les motifs de l'absence des parents dans la vie de l'enfant et les changements significatifs apportés pour mettre fin à la situation d'abandon.

Les motifs de l'absence du parent de la vie de l'enfant qui ne sont pas pertinents pour conclure à l'abandon doivent toutefois être examinés afin de pouvoir déterminer si la probabilité de reprendre la garde de l'enfant est réaliste¹⁸⁸. En effet, le tribunal doit vérifier si le parent a apporté des améliorations et si elles sont suffisantes pour répondre aux besoins fondamentaux et particuliers de leur enfant.¹⁸⁹ Comment pourrait-on accepter un projet de reprise en charge de l'enfant si les causes ayant conduit à son

(devenu l'article 561 C.c.Q.)». (Les parenthèses sont de nous.)

184. A. et B. et Y. et Z., [1979] T.J., 2011, p. 2013.

185. *Droit de la famille - 1914*, [1994] R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 569.

186. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000100-897, 30 septembre 1993, p. 21.

187. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000066-926, 20 janvier 1994, p. 25. Sur la notion du temps, voir Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la Loi sur la protection de la jeunesse, *La protection de la jeunesse, Plus qu'une loi*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, Ministère de la Justice, 1992, p. 19.

188. Voir, *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-000117-867, 3 juillet 1987, pp. 6 et 7.

189. Voir, *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Abitibi, 620-43-000002-910, 4 décembre 1992, p. 28; *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 10.

abandon sont toujours présentes ou si les changements apportés sont artificiels, ponctuels, insuffisants ou encore si le motif de l'abandon ne cessera jamais telle une maladie mentale inguérissable. De plus, dans une situation où l'abandon est évident, le tribunal doit refuser d'accorder un délai au parent pour effectuer une thérapie afin de lui permettre de prouver qu'il peut reprendre son enfant. En effet, jusqu'à ce jour il «n'a rien fait réellement pour mettre fin aux causes qui ont amené le placement de l'enfant»¹⁹⁰.

3) Les acquis personnels des parents, distincts des acquis relatifs à leur capacité parentale.

Les acquis personnels, comme le fait de cesser de consommer de l'alcool de façon excessive¹⁹¹ ou de déménager sans arrêt et de s'inscrire à des cours éducatifs¹⁹², peuvent certes être pris en considération. Toutefois, ces progrès ou améliorations au mieux-être du parent ne doivent pas faire conclure automatiquement à l'existence ou à l'augmentation des capacités parentales.¹⁹³ La réalité est beaucoup plus complexe lorsqu'on doit évaluer si les parents sont en mesure de satisfaire les besoins essentiels de l'enfant vivant un abandon souvent depuis des années. On peut imaginer facilement comment on pourrait arriver à se satisfaire des progrès chez le parent en inférant que cela devrait avoir une influence sur ses capacités parentales. Peut-être! Mais elles ne doivent pas être évaluées objectivement en fonction du parent seul, mais subjectivement à partir des besoins de l'enfant à satisfaire.

4) L'incidence des manifestations des parents après la signification d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption.

Les tribunaux ont toujours rejeté les demandes pour suspendre une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, afin de permettre aux parents, ayant abandonné leur enfant, de reprendre contact avec lui en vue de constituer une

190. *Droit de la famille* - 388, [1987] R.D.F. 285 (T.J.), pp. 290 et 291.

191. Voir *Droit de la famille* - 231, [1985] T.J. 2044, p. 2049.

192. Voir *Protection de la jeunesse*, T.J., Longueuil, 505-43-000058-865, 16 octobre 1987, pp. 13 et 26.

193. *Id.*, p. 26.

preuve susceptible de montrer leur intérêt pour lui¹⁹⁴ ou encore de suivre une thérapie pour modifier leur situation¹⁹⁵. En effet, une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption ne se produit pas instantanément. Il s'écoule souvent plusieurs années ponctuées de déplacements de l'enfant, avant qu'elle ne soit présentée. Les parents indifférents ou inaptes à s'occuper de l'enfant ont eu généralement tout le temps de prendre les moyens afin de conserver, sinon de recréer, des liens avec leur enfant qui a suffisamment attendu avant de s'attacher à d'autres personnes.

Les manifestations des parents, après la signification de la déclaration d'admissibilité à l'adoption, ne peuvent donc être considérées pour empêcher de conclure à l'abandon. Mais elles pourraient, le cas échéant, contribuer au renversement de la présomption d'improbabilité par les parents de reprendre l'enfant.¹⁹⁶ L'ensemble de ces manifestations peut alors être retenu comme un fait parmi les autres auquel on peut attribuer une certaine force probante¹⁹⁷. Ainsi, on a décidé que pour être jugées probantes, les manifestations parentales tardives doivent permettre de constater la création d'un lien affectif significatif et satisfaisant entre le parent et l'enfant.¹⁹⁸ À l'inverse, l'augmentation des contacts avec l'enfant par de brèves visites ou la remise de cadeaux qui n'influent pas sur la capacité parentale, ne suffisent pas à renverser la présomption d'improbabilité lorsque les parents apparaissent toujours comme incapables de s'occuper de leur enfant¹⁹⁹.

194. *Droit de la famille* - 388, [1987] R.D.F. 285 (T.J.); *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Beauce, 350-43-000001-916, 12 avril 1991, pp. 7 et 8; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Abitibi, 620-43-000002-910, 4 décembre 1992.

195. *Droit de la famille* - 388, [1987] R.D.F. 285 (T.J.), pp. 290 et 291.

196. *Protection de la jeunesse*, T.J., Abitibi, 615-43-000018-83 et 615-43-000019-83, 18 janvier 1985, p. 30. On lit dans cette décision que, d'après le tribunal, «le seul lien qui pourrait perdurer serait l'image du passé : des visites intermittentes et troublantes pour les enfants au gré de la disponibilité et du bon vouloir de leur parent». Cet arrêt a été confirmé en appel à *Droit de la famille* - 1078, [1987] R.D.F. 81 (C.A.).

197. *Droit de la famille* - 1741, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 650.

198. Voir *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000043-890, 8 août 1990, p. 52; cette décision fut confirmée en appel, voir *Droit de la famille* - 1741, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.).

199. *Droit de la famille* - 1078, [1987] R.D.F. 81 (C.A.), p. 82.

B) La possibilité réelle pour l'enfant d'être repris en charge.

Nous avons indiqué plus haut que, sauf quelques arrêts marginaux, les tribunaux se sont toujours montrés exigeants quant à la preuve à fournir pour établir une véritable probabilité de reprise en charge. Dans l'examen du projet offert par les parents, les tribunaux doivent mesurer l'avantage que l'enfant peut en retirer à la lumière de ses besoins actuels et des difficultés vécues pendant la période d'abandon. La Cour d'appel l'a rappelé successivement en 1987 et 1993 en déclarant que «assumer le soin, l'entretien ou l'éducation, tel que prévu à l'article 561 C.c.Q., impose au tribunal d'évaluer concrètement les besoins de l'enfant et non seulement les disponibilités de celui qui veut assumer»²⁰⁰. Il est intéressant de souligner que, déjà en 1979, M. le juge Rouillard avait indiqué, à propos de «l'improbabilité», que le parent doit établir qu'il peut s'occuper de l'enfant non seulement «sur le plan pécuniaire, mais également et surtout sur le plan affectif. On doit prouver de façon concluante qu'on offre toutes les garanties de stabilité et de permanence»²⁰¹.

Examinons les principaux critères dégagés par les tribunaux sur ce qu'il faut entendre par «la capacité utile pour l'enfant de recevoir» en regard de ce que proposent ses parents alors qu'ils n'ont plus aucun lien avec lui.

1) La durée de l'absence des parents de la vie de l'enfant.

La durée de l'abandon constitue un facteur important à considérer pour évaluer la probabilité de reprise en charge de l'enfant abandonné²⁰². Comme le soulignait le Tribunal de la jeunesse, «il n'y a rien de plus dynamique qu'un enfant. Il n'attend pas. Il s'accroche ailleurs.»²⁰³

200. *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 650. *Droit de la famille -376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239.

201. *A. et B. c. C. et D.*, T.J., Montréal, 500-43-000254-79, 19 septembre 1979, p. 4. L'article 17 de l'ancienne *Loi sur l'adoption*, L.R.Q., c. A-7, concernait l'improbabilité de reprise en charge, sauf qu'elle n'était pas présumée comme le droit actuel, mais cette condition a toujours le même sens.

202. Voir *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-000117-867, 3 juillet 1987, p. 7.

203. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-03-000022-928 et 450-43-000023-926, 18 décembre 1992, p. 25. (Les italiques sont de nous.)

La notion de temps est différente chez l'enfant. Les liens affectifs se développent dans la continuité avec des parents présents. L'absence de ces derniers de sa vie entraîne, à un rythme plus ou moins rapide, la disparition de ces liens. Les parents doivent être confrontés avec cette réalité de devenir pour leur enfant des étrangers au plan affectif. Aussi, ce constat pèse lourd dans l'appréciation de la probabilité de la reprise en charge.²⁰⁴ On ne peut maintenir l'enfant dans un état d'incertitude pendant son enfance ou son adolescence sans risquer à coup sûr de le perturber²⁰⁵.

2) Les réactions de l'enfant à l'égard des parents.

L'enfant peut aussi réagir négativement à son éventuelle reprise en charge par ses parents. Dans l'arrêt *Droit de la famille - 376*, M. le juge Vallerand donne l'exemple suivant pour illustrer les réactions de l'enfant : «Imaginons le cas de cet enfant qui, profondément traumatisé, vouerait une haine incurable à sa mère qui l'a abandonné. Il va de soi que celle-ci ne pourrait espérer un instant en assumer le soin et l'éducation»²⁰⁶. Il ne s'agit donc pas de simples réactions passagères, de gêne ou d'inconfort. Il pourrait s'agir, par exemple, de réactions très négatives d'un jeune enfant comme de fréquentes crises de colère ou de larmes²⁰⁷ ou encore du refus systématique de l'enfant plus âgé d'avoir un contact avec son parent qui devient, à ses yeux, la personne qui menace la stabilité de sa «nouvelle vie» dans son milieu affectif actuel.²⁰⁸

-
204. *Tribunal de la jeunesse*, T.J. Montréal, 500-43-000517-838, 16 mars 1984, p. 7; *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-43-000551-846, 14 décembre 1984. Voir à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant ...*, op. cit., note 39, pp. 17, 76 à 78. Voir aussi, l'article 2.4 paragr. 5 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1. Voir également Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la Loi sur la protection de la jeunesse, *La protection de la jeunesse, Plus qu'une loi*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, Ministère de la Justice, 1992, p. 19.
205. *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-43-000517-838, 16 mars 1984.
206. Voir *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.) p. 1239.
207. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000043-890, 8 août 1990, pp. 32, 33 et 34.
208. *Droit de la famille - 1816*, [1993] R.D.F. 299 (C. de la J.), p. 307.

3) L'absence d'une relation affective significative entre les parents et l'enfant.

L'absence d'une relation affective significative entre l'enfant et ses parents constitue un indice révélateur de la situation d'abandon et revêt également une grande importance qui a souvent conduit les tribunaux à conclure à l'in vraisemblance de la probabilité de reprise en charge de l'enfant, compte tenu de son âge.²⁰⁹ À l'inverse, l'existence d'un tel lien permet de renverser la présomption d'improbabilité de reprise en charge.²¹⁰

4) L'existence de liens significatifs entre l'enfant et sa famille affective d'accueil.

L'enfant dont les besoins d'affection, de stabilité et de sécurité sont comblés quotidiennement par ses parents d'accueil, pendant une période de temps prolongé, les considérera progressivement comme ses véritables parents, d'autant plus s'il a été abandonné par ceux qui n'ont pas pu maintenir de lien affectif avec lui. Le tribunal ne peut ignorer, lors de l'évaluation du projet de reprise en charge de l'enfant, l'existence de liens affectifs entre l'enfant et ses parents d'accueil²¹¹. Comment peut-il en être autrement puisqu'il doit tenir compte de la réalité de l'enfant. En effet, si le projet du parent de reprendre la garde de son enfant est accepté, cela suppose que ce dernier doit faire le «deuil» des personnes qui l'aiment et qui souhaitent continuer de s'occuper de lui. C'est ainsi que, sans comparer les parents biologiques et les parents d'accueil, *le tribunal doit déterminer si les parents désireux de reprendre leur enfant peuvent créer avec lui des liens susceptibles d'atténuer les effets négatifs de la rupture*

209. *Droit de la famille - 1816*, [1994] R.D.F. 227 (C.A.), p. 230 et *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000008-927, 15 avril 1993, p. 12.

210. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000100-897, 30 septembre 1993, p. 17. Voir aussi à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant ...*, op. cit., note 39, p. 91.

211. À titre d'exemples, *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 13; *Protection de la jeunesse - 635*, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 457; voir, notamment, *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), pp. 1240 et 1241 et *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-002500-43-000, 30 août 1990, p. 11; voir, en ce sens, *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 654; voir aussi *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239.

entre l'enfant et ses parents d'accueil. Lorsqu'il constate que les efforts très louables faits par le parent pour établir des liens ne donnent aucun résultat après un certain temps, le tribunal doit alors déclarer l'enfant adoptable en dépit des bonnes intentions du parent pour corriger sa situation.²¹²

5) Les besoins particuliers de l'enfant.

L'incapacité des parents à combler les besoins particuliers de leur enfant doit être sérieusement évaluée par les tribunaux. Ainsi, les tribunaux n'hésitent pas à conclure à l'improbabilité de reprise en charge en raison de l'inaptitude des parents découlant de leurs propres limites à répondre aux besoins particuliers de leur enfant, liées à leur déficience intellectuelle²¹³ ou à leurs carences affectives et cognitives²¹⁴. Il ne suffit pas de vouloir reprendre son enfant, il faut aussi que les aptitudes parentales soient suffisantes pour répondre «aux exigences d'un enfant qui a subi et qui subira un grave traumatisme en retournant vivre chez des parents, devenus à ses yeux des étrangers»²¹⁵.

6) La non-pertinence du fait pour les parents de s'occuper déjà d'un autre enfant.

Le fait pour les parents défaillants d'assumer la garde d'un autre enfant et de s'en occuper de façon convenable n'influence pas les tribunaux, puisqu'on ne peut en inférer la probabilité de reprise en charge de l'enfant²¹⁶ abandonné par eux. Il faudrait établir la façon dont les parents pourraient le reprendre à partir, non pas des liens avec un enfant dont ils assument le soin, l'entretien ou

212. *Droit de la famille - 1078*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 12.

213. Voir *Chambre de la jeunesse*, C. Q., Beauharnois, 760-43-000032-894, 5 octobre 1992, p. 19.

214. Voir *Protection de la jeunesse -635*, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 457.

215. *Protection de la jeunesse*, T.J., St-François, 450-43-000039-80, 450-43-000041-80 et 450-43-000042-80, 23 mars 1981, p. 18.

216. À titre d'exemples, voir *Droit de la famille - 1816*, [1993] R.D.F. 299 (C. de la J.), p. 309. Dans cet arrêt, le juge signale que le comportement des parents s'est amélioré à l'égard des autres enfants, mais que cela n'a rien changé de leur attitude à l'égard de leur autre enfant placé en famille d'accueil. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-000008-907, 15 avril 1993, p. 12.

l'éducation, mais de ceux qu'ils pourraient réellement créer avec l'enfant abandonné.

En conclusion sur la probabilité d'une reprise en charge réelle, on constate que les facteurs énumérés plus haut forment un tout cohérent, sont étroitement reliés et s'influencent mutuellement. Il faut aller au-delà de l'intention ou des projets vagues ou éventuels pour renverser la présomption d'improbabilité qui, rappelons-le, résulte de la preuve d'un abandon préalable. On doit donc se montrer sévère quant à la preuve d'une véritable reprise en charge pour ce motif. *Plus encore, on doit prévenir un nouvel abandon, dans la mesure du possible, en s'assurant que les besoins à satisfaire de l'enfant ne dépassent pas les capacités parentales.* Bref, la situation des parents doit avoir changé de façon substantielle tout comme leurs aptitudes parentales à s'occuper de leur enfant pour lui offrir désormais la stabilité et la permanence d'un foyer. Autrement, à quoi peut bien servir, si ce n'est le maintien des liens biologiques, la remise de l'enfant à ses parents alors qu'il bénéficie souvent dans sa famille affective d'une continuité avec des parents désireux de s'en occuper, *ce qu'ils font déjà sans aucune obligation légale, alors que le parent sur qui pesait une telle obligation ne l'a pas fait ou ne pouvait pas le faire. On ne fera que prolonger l'incertitude familiale pour l'enfant surtout si le parent qui veut le reprendre doit confier à d'autres ses principales responsabilités.*

CHAPITRE III LE RÔLE DU CRITÈRE DE L'INTÉRÊT DE L'ENFANT DANS UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION

Le critère de l'intérêt soulève depuis toujours au Québec des difficultés d'interprétation et d'application. *Les uns* s'en servent pour faire triompher implicitement des liens du sang ou encore pour faire connaître, puis imposer leur conception personnelle fondée sur des préférences. Cette tendance transforme toute demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption en une véritable course à obstacles. Nous venons, d'ailleurs, d'en donner un aperçu à propos des diverses interprétations de deux règles pourtant simples, soit «*ne pas assumer de fait ses devoirs parentaux*» et l'obligation de renverser «*la présomption d'improbabilité*» de reprise en charge par une juste évaluation des capacités parentales à satisfaire les besoins de l'enfant.

Les autres, au contraire, utilisent ce critère pour déterminer si les deux conditions préalables pour déclarer un enfant adoptable sont remplies.

Enfin, *certain*s emploient ce critère pour s'attribuer une discrétion judiciaire, rattachée au terme «peut» de l'article 559 C.c.Q., et à laquelle on donne une portée tellement large qu'elle peut conduire à dénaturer l'objet même de l'adoption. Les tenants de cette tendance, ne pouvant plus invoquer les excuses parentales ou l'abandon intentionnel rejetés par la Cour d'appel, *utilisent l'intérêt de l'enfant comme une règle autonome, lorsque la probabilité d'une reprise en charge de l'enfant par ses parents est invraisemblable, en créant une troisième condition d'admissibilité à l'adoption*. On se sert alors de ce critère pour refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption, au nom d'avantages aussi vagues qu'imprécis pour l'enfant comme nous le verrons.

Examinons ces trois principaux volets concernant le rôle de l'intérêt de l'enfant dans une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption fondée sur l'abandon. Nous les traitons séparément, même s'ils peuvent se croiser, afin de situer les diverses tendances qui ont donné naissance à des contradictions parfois apparentes, parfois réelles.

Nous allons d'abord déterminer la fonction du critère de l'intérêt de l'enfant dans l'appréciation même de l'abandon et de la probabilité de reprise en charge par les parents. Par la suite, nous aborderons la discrétion judiciaire fondée sur la portée juridique du terme «peut» de l'article 559 C.c.Q. Enfin, nous discuterons de l'utilisation d'une telle discrétion dans une décision où le tribunal refuse, dans l'intérêt de l'enfant, de prononcer l'admissibilité à l'adoption, même si toutes les conditions sont remplies. Nous allons montrer, à partir de ce jugement, que si l'adoption ne permet pas de régler tous les problèmes²¹⁷, il ne faudrait pas non plus conclure que le refus de déclarer l'enfant adoptable, bien que les conditions soient réunies, règle aussi toutes les difficultés. *Les placements en famille d'accueil à long terme parce que les parents ne peuvent s'en occuper ne doivent pas non plus être considérés comme une panacée*.

217. *Droit de la famille* - 1544, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 637.

L'expression «intérêt de l'enfant» comporte elle aussi le danger de la «baguette magique» lorsqu'on s'en sert, inconsciemment peut-être, à des fins autres que celles voulues par la loi. L'adoption vise essentiellement à procurer à l'enfant des parents à temps plein²¹⁸ plutôt que des parents qui, bien qu'ils voudraient sans doute s'en occuper, ne peuvent améliorer leur état mental ou ne font aucun effort pour modifier la situation ayant entraîné le placement de leur enfant.

Section 1 Le critère de l'intérêt de l'enfant pour apprécier l'abandon et la probabilité de reprise en charge.

Nous avons relevé deux tendances bien définies dans une demande d'admissibilité à l'adoption : *la première* a fait beaucoup de bruit en ce qu'elle refuse d'examiner l'intérêt de l'enfant pour le déclarer adoptable puisqu'il ne s'agit alors que de déterminer le statut de l'enfant.

La deuxième trouve plus naturel de l'employer pour évaluer, d'une part, la suffisance de l'exécution des devoirs parentaux et, d'autre part, la valeur du projet de reprise de l'enfant par ses parents. La réponse négative à ces deux questions conduit alors à la déclaration d'admissibilité à l'adoption.

Notre exposé sur ces deux tendances porte simultanément sur les «notions d'abandon» et de «probabilité de reprise en charge» de l'enfant. En effet, même s'il serait possible de les traiter séparément, on n'y trouve aucun avantage puisque les arguments pour refuser ou accepter la preuve de «l'abandon» ou du renversement de la «présomption d'improbabilité» sont identiques.

Précisons, au préalable, les textes de lois portant sur l'intérêt de l'enfant applicables en matière d'adoption. Nous verrons qu'il existe une certaine confusion dans ce domaine.

218. *Droit de la famille* - 376, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1237. M. le juge Vallerand fait sien le passage où la Chambre de la jeunesse rappelle que le rôle de l'adoption est de fournir des parents à l'enfant et non «*de remplacer des parents par d'autres que l'on jugerait plus acceptables ou plus adéquats*». (Les italiques sont dans le texte.)

A) Les textes de lois relatifs à l'intérêt de l'enfant appliqués en matière d'adoption.

Le législateur indique à l'article 543 C.c.Q. que «*l'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi*». Cette disposition reprend textuellement l'ancien article 595 C.c.Q.(1980)²¹⁹, qui s'inspirait lui-même de l'article 2 de la *Loi de l'adoption de 1969*²²⁰ qui édictait que : «*L'adoption ne peut intervenir qu'aux conditions prévues par la présente loi. Elle ne peut être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant*»²²¹.

Peu importe que l'article 543 C.c.Q. énonce la même règle en une seule phrase ou en deux comme l'ancien article 2 de la *Loi de 1969*, on s'entend pour dire que *ces trois textes ont la même portée*²²², soit que le tribunal doit, avant de prononcer l'adoption, s'assurer que les conditions de la loi ont été respectées et que l'adoption correspond à l'intérêt de l'enfant. *Il s'agit du jugement d'adoption lui-même auquel réfère l'article 543 C.c.Q.*²²³. En effet, rappelons que la légalité

219. Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, sous l'article 543 C.c.Q. Voir aussi, pour l'évolution législative antérieure, Office de Révision du Code civil, Rapport sur le Code civil du Québec, Projet de Code civil, (1978), vol 1, art. 25.

220. L.Q. 1969, c. 64 ou L.R.Q., c. A-7. Cette loi fut abrogée par l'entrée en vigueur le 1er décembre 1982 de l'article 60 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, (L.Q. 1980, c. 39) et ce conformément à la proclamation qu'on retrouve à G.O.Q., 3 novembre 1982, 114^e année, no 50, p. 4153.

221. *Ste-Marie c. Cour de Bien-Être Social*, [1973] C.S. 534, p. 539 : l'adoption n'est prononcée que s'il y a un intérêt certain pour l'enfant. On doit respecter les autres conditions, peu importe l'avantage que l'enfant pourrait retirer de l'adoption. Voir également, à ce sujet, *Cour de Bien-Être Social c. X*, (1974) C.A. 372, p. 374.

222. Voir l'édition antérieure de M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, pp. 131 et 132. Dans son édition de 1995, l'auteure ne reprend pas textuellement ses propos, mais elle réfère aux mêmes arrêts.

223. Voir, notamment, un arrêt postérieur au nouveau droit de la famille de 1980 et rendu sous l'ancien article 595 C.c.Q. (1980) où l'on donne le même sens à cette disposition, écrite maintenant en une seule phrase, que l'ancien article 2 de la *Loi de l'adoption de 1969*. L'article 543 C.c.Q. a repris textuellement l'ancien article 595 C.c.Q. Voir, à ce sujet, *Adoption - 17*, [1982] C.A. 58, p. 60. Dans cet arrêt, on parle de prononcer l'adoption. *Droit de la famille - 107*, [1984] T.J. 2001, p. 2003.

du consentement à l'adoption²²⁴, de la déclaration d'admissibilité à l'adoption²²⁵ ou encore du placement en vue de l'adoption n'étaient discutés dans le droit antérieur qu'au moment de la présentation de la requête pour obtenir un jugement d'adoption. Il en résulte que l'article 543 C.c.Q., calqué sur l'article 2 de la *Loi de l'adoption 1969*, ne devrait s'appliquer qu'au stade de la requête en adoption. Le tribunal doit alors s'assurer s'il est de l'intérêt de l'enfant de prononcer un jugement d'adoption qui dépendra, conformément aux articles 543 et 573 C.c.Q., de l'adaptation de l'enfant à sa famille adoptive et de celle-ci à l'égard de l'enfant.

Pourtant, l'intérêt de l'enfant reste déterminant pour déclarer l'enfant adoptable. C'est plutôt l'article 33 C.c.Q. qui doit servir de fondement pour chacune des décisions intervenant dans le processus conduisant au jugement d'adoption. Cette disposition codifie, en quelque sorte, les principaux critères jurisprudentiels identifiés par les tribunaux depuis le début du siècle. Elle énonce que :

«Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits :

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.»

L'article 33 al. 2 C.c.Q. fournit des jalons au tribunal qui doit s'assurer que les diverses décisions préalables à la requête en adoption sont prises dans l'intérêt de l'enfant. L'article 543 C.c.Q. réfère plutôt, quant à lui, à l'adoption proprement dite et confère au tribunal le pouvoir de prononcer l'adoption, *sauf si on produit un rapport attestant que l'enfant ne s'est pas adapté*. Quant aux autres conditions de fond et de forme, le tribunal les vérifie, conformément à

224. Art. 6 (a) et 7 (a), (b), (c) de la *Loi de l'adoption de 1969* (L.R.Q., c. A-7) dont on trouve l'équivalent aujourd'hui aux articles 551 à 558 C.c.Q.

225. La demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption prévue aux articles 559 à 562 C.c.Q. s'inspire des anciens articles 6 (b) et 7 (d), (e), (f) de la *Loi de l'adoption de 1969*, L.R.Q., c. A-7.

l'article 568 C.c.Q., *avant le placement de l'enfant*, une étape déterminante qui conduit habituellement au jugement d'adoption.

Dès lors, est-il indifférent de faire appel à l'article 33 C.c.Q. ou à l'article 543 C.c.Q. pour décider si l'enfant peut être déclaré judiciairement adoptable? D'aucuns pourraient le croire, à première vue. Mais, faut-il le rappeler, l'origine de l'article 543 C.c.Q. actuel circonscrit l'intérêt de l'enfant à son adaptation à sa famille adoptive. Par contre, c'est le contenu beaucoup plus précis de l'article 33 al. 2 C.c.Q. qui devrait servir de fondement aux autres jugements préalables à l'adoption elle-même.

Ceux qui prétendent invoquer indifféremment l'une ou l'autre règle, ne peuvent pas soulever le caractère vague du critère de l'intérêt de l'enfant à l'article 543 C.c.Q. pour référer, inconsciemment ou non, à leurs valeurs personnelles. En effet, l'article 33 al. 2 C.c.Q., appliqué dans le contexte du processus d'une adoption éventuelle, *impose des balises aux tribunaux*²²⁶. *Ils doivent privilégier la satisfaction des besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques par des adultes capables d'assumer cette responsabilité.* Dans les commentaires sur le Code civil du Québec, on peut lire qu'on a ajouté à l'ancien article 30 C.c.Q.(1980), devenu l'article 33 C.c.Q., «la notion de besoins» parce qu'elle «s'accorde mieux avec la notion d'intérêt exprimée au premier alinéa»²²⁷.

Les besoins de l'enfant correspondent à des valeurs concrètes contrairement à l'expression indéfinie de «l'intérêt de l'enfant». De plus, l'application de l'article 33 C.c.Q., au lieu de l'article 543 C.c.Q., dans les décisions préalables susceptibles de conduire au jugement d'adoption, indique que *les tribunaux*

226. S. PILON, *L'abandon de l'enfant...*, loc. cit., note 31, p. 420.

227. Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, sous l'article 33 C.c.Q. Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, op. cit., note 39, pp. 14 et 97. La nouvelle définition descriptive de l'intérêt de l'enfant, à l'article 33 al. 2 C.c.Q., *correspond à celle déjà donnée par l'auteur, en 1978, à la page 97, sauf que ce dernier y ajoutait les critères de «continuité» et de «stabilité», appliqués par les tribunaux comme deux composantes importantes de l'intérêt de l'enfant.* Voir, aussi, *Droit de la famille* - 595, [1989] R.D.F. 94 (C. de la J.), p. 103. Dans ce jugement, le tribunal souligne que *la notion d'intérêt de l'enfant permet d'évaluer et d'individualiser sa situation en regard de l'évolution de la société.*

doivent, en outre, «respecter les droits de l'enfant»²²⁸ qui, dans le contexte de l'adoption, signifient essentiellement le droit d'avoir une famille ou des parents à temps complet et non de façon intermittente.

Bref, le législateur désire offrir une deuxième chance à l'enfant dont les parents ne peuvent ou ne veulent pas faire les efforts nécessaires pour en reprendre la garde. *Le terme «besoins» de l'article 33 C.c.Q. a un sens précis.* Il ne s'agit pas d'un espoir lointain, ou d'une probabilité indéfinie ou éventuelle ou encore de satisfaction des besoins de l'enfant uniquement par personne interposée. *Les «besoins» reposent sur deux éléments indissociables, soit «l'immédiateté» et la «quotidienneté»²²⁹.* Tout discours sur l'intérêt de l'enfant qui n'inclut pas au moins ces deux éléments, peu importent les termes utilisés, déroge à la volonté exprimée par le législateur à l'article 33 C.c.Q. qui a élevé, en 1980²³⁰, une règle jurisprudentielle au rang d'un principe de droit positif. *Ce principe maintenant codifié, et repris en 1994 dans le nouveau Code civil, n'offre pas autant de discrétion que certains peuvent le croire.*

En conclusion, on doit dire que ceux qui invoquent l'article 543 C.c.Q. pour évaluer l'intérêt de l'enfant ne peuvent pas ignorer que son contenu est maintenant défini à l'article 33 al. 2 C.c.Q. Cette disposition, étant située dans la partie du Code civil intitulée «De certains droits de la personnalité», interdit de substituer ses propres valeurs ou préférences à celles imposées par le législateur pour définir le contenu principal de ce qu'il faut entendre par «l'intérêt de l'enfant».

228. *Droit de la famille* - 595, [1989] R.D.F. 94 (C. de la J.), p. 103. «La notion de droits définis par la loi, par essence plus statique, offre l'avantage (de fournir) des balises claires et définies». (Les mots entre parenthèses sont de nous.)

229. Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, op. cit., note 39, p. 97. L'auteur précise que les besoins de l'enfant obligent à s'en occuper de façon quotidienne.

230. Voir L.Q. 1980, c. 39, art. 3, qui ajoute l'article 30 au Code civil du Bas Canada.

B) La notion de l'intérêt de l'enfant interprétée dans sa globalité par les tribunaux.

Au-delà des textes de lois, les tribunaux confrontés avec des décisions difficiles à prendre ont cherché à mieux circonscrire le contenu global des différents éléments composant la notion d'intérêt de l'enfant.

Notons, au départ, la constance de la Cour suprême depuis le début du siècle jusqu'à nos jours²³¹ sur la façon d'analyser l'intérêt de l'enfant, de sa place en cas de conflit entre le bien-être de l'enfant et les droits des parents ou des tiers sur eux. De l'autre côté, la Cour d'appel a souvent fait preuve d'hésitation et de conceptions contradictoires sur la question²³².

Il n'est pas toujours facile d'expliquer les opinions contradictoires de la Cour d'appel sur la place de la primauté de l'article 33 C.c.Q. (l'ancien 30 C.c.B.C.). Comment en est-on venu, entre autres, à exiger un jugement préalable de *déchéance parentale* ou la preuve au moins des motifs de déchéance avant de donner effet à l'article 33 C.c.Q.? Pourquoi avoir dénaturé les conditions objectives de la déclaration en admissibilité à l'adoption en y ajoutant l'abandon intentionnel ou encore en acceptant des projets de reprise en charge étrangers aux besoins de l'enfant? D'où vient cette réticence de plusieurs juges à prononcer l'admissibilité de l'enfant québécois à l'adoption?

231. *Stevenson c. Florent*, [1925] R.C.S. 532; *Dugal c. Lefèvre*, [1934] R.C.S. 501; *Taillon c. Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 257; *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *C. (G) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *C.C.A.S. Metro Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165.

232. Voir, à titre d'exemples, les arrêts suivants qui ne concernent pas tous des adoptions, mais on y discute de la primauté de l'intérêt de l'enfant. *Gravel c. Wood-Gravel*, [1975] C.A. 387; *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82; *Adoption - 17*, [1982] C.A. 58; *Droit de la famille - 52*, [1983] C.A. 388; *Droit de la famille - 236*, [1985] C.A. 566; *Droit de la famille - 320*, [1987] R.J.Q. 9 (C.A.); *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.); *Droit de la famille - 231*, [1988] R.J.Q. 230 (C.A.).

La règle plus absolue du «*stare decisis*» en *common law*²³³ joue-t-elle pour assurer une telle continuité à la Cour suprême ou celle-ci est-elle plus sensible à la protection de l'intérêt de l'enfant? La Cour d'appel y voit-elle une atteinte implicite à l'autorité parentale?²³⁴ Ajoutons que l'autorité morale du précédent en droit civil²³⁵ est moins contraignante et confère aux tribunaux une certaine latitude pour faire évoluer les fondements et l'interprétation du droit civil sans avoir à le modifier constamment.

Mais au-delà de ces considérations, il semble qu'une certaine confusion, au plan législatif, entre la nécessité de protéger l'enfant, dans des circonstances où ses parents n'assument plus leurs obligations, et la possibilité de plus en plus grande pour le mineur d'agir seul, indépendamment de toute idée de protection, n'est peut-être pas étrangère aux hésitations ou contradictions des tribunaux québécois pour affirmer la primauté de l'intérêt de l'enfant sur l'autorité parentale et *les liens* de sang. *L'élargissement constant des droits de l'enfant qui ne requiert pas de protection irrite et inquiète parfois* devant l'affaiblissement du rôle parental qu'il entraîne avec lui.

Il reste, cependant, qu'on doit intervenir lorsqu'il s'agit de protéger l'enfant en favorisant, le cas échéant, son adoption pour des raisons d'inaptitude ou de désintérêt parental. On doit alors donner préséance à l'enfant qui n'est pas responsable, le plus souvent, de son placement chez des tiers²³⁶, et cela même

233. J.-F. BISSON, «Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions», (1992) 23 R.D.U.S. 1, pp. 23 à 25. L'auteur écrit à la page 23 que le «*Code est au système de droit civil, ce que le "stare decisis" est au système de common law*» (Les italiques sont dans le texte.)

234. Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, *op. cit.*, note 39. Voir aussi les arrêts cités ci-dessus où il apparaît clairement que cette question reste importante pour la Cour d'appel.

235. J.-F. BISSON, «Nouveau Code civil ...», *loc. cit.*, note 233, pp. 23 et 24. L'autorité du précédent, comme le souligne M. le professeur Bisson, résulte de la constance de décisions semblables sur un même sujet ou d'une seule décision dont les «*motifs soigneusement pesés*» déploient «*le système de droit civil dans toutes ses virtualités*» alors qu'on «*n'accordera pas la même autorité à certains motifs, hétéroclites et incertains*».

236. Voir, C. (G.) c. V.-F. (T.), (1987) 2 R.C.S. 244, p. 269 : M. le juge Beetz écrit que «*l'intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit... Le principe de la primauté de l'intérêt a alors été reconnu pour la première fois de façon non-équivoque dans le Code civil...*»

si la décision est douloureuse à prendre. En effet, on ne peut généralement pas concilier les situations opposées dans lesquelles se trouvent l'enfant et ses parents. Il faut choisir et ce choix est orienté par le législateur. Rappelons que les articles 33 et 543 C.c.Q. ne suppriment pas les droits²³⁷ des parents. Bien au contraire, ces dispositions ne peuvent que valoriser l'exercice de l'autorité parentale *qui doit, cependant, l'être de façon active*²³⁸.

L'autorité parentale n'a été confiée aux parents que pour accomplir leurs devoirs. L'inaction parentale ou le simple fait de ne pas causer préjudice à l'enfant abandonné ne peut servir de fondement à une reprise en charge. Il faut plus que cela. L'intérêt pour leur enfant doit correspondre à une action parentale précise pour répondre aux besoins concrets de l'enfant. *L'adoption n'a pas comme objectif principal de rompre le lien de filiation, mais de permettre aux tribunaux de donner une seconde chance à un enfant abandonné d'avoir des parents affectifs pour prendre soin de lui et le conduire vers le monde adulte en lui fournissant la sécurité et la stabilité.*²³⁹

C'est ce qu'exprime la Cour suprême, en des termes variés, lorsqu'elle déclare, dans de nombreux arrêts, que l'intérêt de l'enfant consiste à favoriser une croissance et un développement sains²⁴⁰, en tenant compte de son âge, de son état physique et psychologique, de son milieu de vie actuel ou futur, de la relation qu'il entretient avec ses parents, de la force des liens affectifs et du rôle de la personne qui s'en occupe dans sa vie.²⁴¹

Mme le juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême²⁴² écrit, en outre, que *le critère de l'intérêt de l'enfant ne doit pas faire en sorte que l'enfant «devienne*

237. *Id.*, p. 270.

238. Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, *op. cit.*, note 39, pp. 16 à 19.

239. Voir, en ce sens, *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 10.

240. *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, p. 107.

241. *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 66. Mme la juge L'Heureux-Dubé signale que ces éléments dégagés en «*common law*» sont tous inclus à l'article 30 C.c.B.C. (devenu depuis 1994, 33 C.c.Q.). Voir *Droit de la famille - 1528*, [1992] R.D.F. 103 (C. de la J.), p. 113 : le tribunal estime que «*c'est la dimension psychologique et affective de la relation parents-enfant qui préoccupe davantage les juges.*»

242. *Id.*, p. 138. Mme la juge L'Heureux-Dubé indique aussi que l'intérêt de l'enfant, c'est d'avoir «un parent qui voit à son intérêt».

l'otage d'une rhétorique des droits parentaux»²⁴³, ou encore la victime «des préjugés culturels et de l'abus de pouvoir discrétionnaire du juge»²⁴⁴. Il faut se rappeler, écrit Mme la juge L'Heureux-Dubé, que :

«Les enfants ne sont pas seulement les bénéficiaires d'une décision, mais ils en portent aussi le fardeau réel.»²⁴⁵

On peut qualifier d'exceptionnelle l'analyse de l'intérêt de l'enfant faite par Mme la juge L'Heureux-Dubé, et la résumer en disant que les tribunaux doivent non seulement veiller à ce que *leurs décisions assurent le développement global de l'enfant, mais servent également, à le «protéger des conflits et des effets perturbateurs ... à des moments critiques de sa vie»*²⁴⁶. La Chambre de la jeunesse a également exprimé ce devoir en déclarant «qu'on doit mettre fin à toute situation d'incertitude...»²⁴⁷.

L'application des guides prévus à l'article 33 C.c.Q. à une situation d'adoption nous conduit à poser le principe suivant, comme on l'a fait dans l'arrêt *C.C.A.S. Metro Toronto c. M. (C.)*²⁴⁸, à savoir que *l'intégrité de la cellule familiale ne doit être protégée que si l'on peut établir que l'enfant tire un réel bénéfice du lien avec ses parents. «Favoriser le contraire irait à l'encontre des objectifs de la loi»*²⁴⁹. Cette dernière remarque s'applique aux objectifs de l'adoption québécoise et, particulièrement, lorsqu'on doit décider «d'une reprise en charge de l'enfant» conformément à l'article 561 C.c.Q.

On peut donc conclure que *toute la rhétorique sur l'intérêt de l'enfant, sur de vagues inquiétudes concernant les effets de l'adoption à long terme alors qu'il peut maintenant rechercher ses origines en tout temps, à certaines*

243. *Id.*, p. 67.

244. *Id.*, p. 68.

245. *Id.*, p. 79. (Les italiques sont de nous.)

246. *Id.*, pp. 78 et 84. Voir aussi, en ce sens, *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-43-000517-838, 16 mars 1984.

247. *Droit de la famille 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 10.

248. [1994] 2 R.C.S. 165, pp. 168, 195, 201 et 203. Voir aussi *Re Moores Feldstein*, (1973) 12 R.F.L., pp. 273 et 287.

249. *Id.*

*conditions, si cela lui cause problème*²⁵⁰, *sur l'appréhension de troubles à l'adolescence, sur ses difficultés à comprendre le but de l'adoption, nous paraissent aller à l'encontre du véritable intérêt de l'enfant*; ces motifs non soutenus par une *preuve prépondérante* contribuent à faire de l'enfant un objet, la propriété des parents comme on le dit dans l'arrêt *Racine c. Woods*²⁵¹. Certes l'adoption ne règle pas tous les problèmes de l'enfant. Mais nul ne le prétend. Toutefois, il a peut-être plus de chances d'y faire face dans une famille sur laquelle il peut compter quotidiennement. En effet, l'intérêt de l'enfant commande la stabilité qui résulte principalement de l'établissement de liens permanents avec des parents en mesure «de répondre à ses besoins de manière harmonieuse et complète»²⁵².

Après avoir brossé à grands traits ce que visent globalement les différents aspects de l'intérêt de l'enfant, examinons maintenant pourquoi les tribunaux ont parfois refusé d'en tenir compte dans une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, soit pour apprécier l'abandon, soit pour évaluer la probabilité de reprise en charge de l'enfant par les parents. À l'opposé, nous verrons que plusieurs se servent de ce critère à chacune des décisions préalables au jugement d'adoption lui-même. Les contradictions relevées entre ces deux tendances nous apprennent que le respect de l'intérêt de l'enfant et de ses droits ne peut être assuré que lorsque la discrétion judiciaire s'exerce dans le cadre de l'article 33 al. 2 C.c.Q. plutôt qu'à partir d'une perception personnelle de ce que devrait être l'intérêt de l'enfant.

250. Il peut rechercher seul, depuis le 1er janvier 1994, ses parents biologiques à partir de l'âge de 14 ans; avant l'âge de 14 ans, il lui faut le consentement des parents adoptifs : art. 583 C.Q. L'avenir nous révélera si cette nouvelle possibilité entraînera plus de problèmes que de remèdes.

251. [1983] 2 R.C.S. 173, p. 185.

252. *Droit de la famille* - 256, [1986] R.J.Q. 139 (T.J.), p. 145.

C) L'utilisation de l'intérêt de l'enfant pour déterminer s'il y a abandon ou probabilité de reprise en charge.

Après avoir discuté de la portée des textes de loi sur l'intérêt de l'enfant et le contenu de ce critère en matière d'adoption, il reste à examiner la *détermination du statut de l'enfant* dont on demande l'admissibilité à l'adoption. *On a posé deux questions complètement opposées en donnant l'impression ou en croyant qu'il s'agissait d'une seule et même question* : le statut légal de l'enfant à être déclaré adoptable dépend-t-il de son intérêt à ce qu'il le soit? Et est-il possible d'évaluer l'abandon et la probabilité d'une reprise en charge en vue de le déclarer adoptable sans tenir compte de sa situation et de ses besoins, c'est-à-dire de son intérêt?

Établissons, dès le départ, ce qui n'est pas contesté, soit que le critère seul de l'intérêt de l'enfant ne permet pas de passer outre aux autres conditions de l'adoption²⁵³ et de prononcer l'admissibilité à l'adoption même si cela apparaît souhaitable²⁵⁴. Nous nous demanderons plus loin si, toutes les conditions étant satisfaites pour déclarer un enfant adoptable, on peut refuser de le faire sur la base du seul critère de l'intérêt de l'enfant.

Abordons immédiatement l'application de ce critère dans une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. On peut relever ici, comme dans tous les domaines où l'on discute de l'intérêt de l'enfant, des positions opposées ou des affirmations qui par leur imprécision, généralité ou portée, engendrent des incertitudes. Mais il nous apparaît que ces contradictions ne sont pas toutes irréconciliables en ce sens qu'on n'utilise pas le critère de l'intérêt de l'enfant dans la même optique selon qu'on l'exclut ou l'inclut pour discuter si l'enfant est adoptable.

Paradoxalement, c'est la position de M. le juge Vallerand de la Cour d'appel en 1987 et en 1992 dont il n'est pas toujours facile de mesurer la signification

253. Voir, à ce sujet, à titre d'exemples, *Brisebois c. C.B.E.S., C.A.*, Montréal, 500-09-000171, 26 octobre 1977; *Droit de la famille -107*, [1984] T.J. 2001, p. 2003; *Droit de la famille - 231*, [1985] T.J. 2044, pp. 2051 et 2053.

254. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1238; *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617, p. 630.

véritable qui est à l'origine de deux tendances. Ce qu'il y a de particulier, voire surprenant, c'est que la théorie avancée par M. le juge Vallerand inspire autant ceux qui soutiennent que l'intérêt de l'enfant ne s'applique pas au stade de l'admissibilité à l'adoption que les autres qui disent le contraire. Les tenants de chacune des tendances citent des extraits différents du raisonnement de M. le juge Vallerand pour justifier leur position. Analysons brièvement ces positions.

1) L'exclusion de l'intérêt de l'enfant pour déterminer le statut de l'enfant adoptable ou non.

La Cour d'appel déclare, dans un premier temps, que l'adoption comprend deux étapes bien distinctes, la déclaration d'admissibilité à l'adoption et le jugement d'adoption, lequel est précédé du placement de l'enfant à cette fin.²⁵⁵

Par la suite, M. le juge Vallerand énonce sa théorie que l'on peut résumer de la façon suivante. Décider si l'enfant est adoptable *ne concerne que son statut juridique et non son bien-être*²⁵⁶. À ses yeux, cela s'applique tout autant à l'article 559 paragr. 2 C.c.Q. qu'à l'article 561 C.c.Q. Au fond, cette position laisse entendre qu'on ne considérera pas l'intérêt de l'enfant pour évaluer l'abandon et la probabilité de la reprise en charge. Il s'agit, comme le souligne M. le juge Vallerand, d'une question préliminaire. Ce n'est qu'une fois admis à l'adoption que l'on décidera s'il est de son intérêt d'être placé ou non, d'être adopté ou non.

Plusieurs décisions postérieures à l'arrêt de la Cour d'appel de 1987 citent ce passage pour indiquer qu'on «*ne peut ni ne doit s'arrêter à l'intérêt de l'enfant à ce stade*»²⁵⁷. Pourtant, même si cette position semble claire, on s'interroge sur

255. *Droit de la famille* - 376, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), pp. 1237 et 1238; *Droit de la famille* - 1544, [1992] R.J.Q. 617, pp. 629 et 630.

256. *Id.*

257. *Id.* Voir, en ce sens, *Droit de la famille* - 231, [1988] R.J.Q. 230 (C.A.). Sauf pour M. le juge Dugas (p. 232) qui estime que le critère de l'intérêt de l'enfant doit s'appliquer au moins à l'article 561 C.c.Q. Mme le juge Tourigny (p. 231) et M. le juge Dubé (p. 234) adhèrent à la théorie de M. le juge Vallerand, notamment en précisant qu'on n'a pas à considérer l'intérêt de l'enfant pour le déclarer adoptable. On n'utilise ce critère que pour préciser les modalités de son adoption. Voir aussi, *Droit de la famille* - 595, [1989] R.D.F. 94 (C. de la J.), p. 99.

sa portée ou le sens qu'on doit lui donner. En effet, M. le juge Vallerand ajoute une réflexion qui peut paraître contradictoire, soit :

«J'ai dit ... que l'intérêt de l'enfant est sans pertinence aucune à la détermination de son adoptabilité. Et pourtant, statuant en matière d'adoptabilité, je retiens et j'évalue des considérations qui n'ont trait qu'au bien-être de l'enfant. Les conditions que mettent les articles 611 et 613 (devenus 559 et 561 C.c.Q.) à la déclaration d'adoptabilité sont bien sûr toutes marquées au coin de l'intérêt de l'enfant».²⁵⁸

En 1990, un jugement de la Chambre de la jeunesse, s'inspirant de cet extrait, déclare que si l'on doit tenir compte des besoins de l'enfant pour décider de la probabilité de reprise en charge conformément à l'article 561 C.c.Q., il en est autrement du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. qui «commande de regarder de façon exclusive le comportement des parents»²⁵⁹ pour évaluer s'ils ont assumé *de fait* leurs devoirs parentaux.

Bref, on constate qu'il y a une distorsion entre le motif qui justifie d'exclure le critère de l'intérêt, dans certaines circonstances, ou de l'inclure dans d'autres partiellement ou totalement.

2) Le recours au critère de l'intérêt de l'enfant pour déterminer si les conditions pour le déclarer adoptable sont remplies.

Les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt de l'enfant, d'après M. le juge Baudouin, aux différentes étapes conduisant à un jugement d'adoption.²⁶⁰ Mme la juge Tourigny déclare également que le bien-être de l'enfant s'applique à l'admissibilité à l'adoption en précisant, toutefois, que c'est surtout lors de l'analyse de la preuve relative à la probabilité de la reprise en charge que l'intérêt de l'enfant «doit prendre toute sa place»²⁶¹. Quant à M. le juge Vallerand, il souligne que si l'intérêt de l'enfant n'a rien à voir avec son admissibilité à

258. *Droit de la famille* -376, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239; *Droit de la famille* - 1544, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 630.

259. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Joliette, 750-43-000046-874, 31 janvier 1990.

260. *Droit de la famille* - 1544, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 637.

261. *Droit de la famille* - 1741, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 654.

l'adoption²⁶², les dispositions relatives à l'abandon et la probabilité de reprise de la garde de l'enfant reposent en fait sur les besoins de l'enfant.²⁶³

La question qui se pose à nous est la suivante. La Cour d'appel dit-elle la même chose ou se contredit-elle sur l'application de l'intérêt de l'enfant lors d'une demande en admissibilité en adoption? *Ces diverses positions paraissent énoncer deux réalités distinctes.* La première estime que l'intérêt de l'enfant ne peut servir pour comparer les familles adoptive et biologique en vue de déterminer laquelle serait la plus apte pour s'occuper de l'enfant, ce qui est conforme à la loi à ce stade du processus d'une adoption.

L'autre inclut l'intérêt de l'enfant pour déterminer si les parents ont assumé *de fait* leurs devoirs parentaux et s'ils sont en mesure de le reprendre en charge. C'est l'article 33 al. 2 C.c.Q. qui détermine le contenu de l'intérêt de l'enfant tel qu'indiqué plus haut.

En effet, on ne peut établir de façon concrète que les parents ont assumé suffisamment leurs devoirs de parents sans tenir compte de la réalité vécue par l'enfant, de ce qu'il est devenu et de ses besoins. S'il y a eu abandon, la probabilité d'une reprise en charge réaliste et acceptable pour l'enfant peut-elle être déterminée sans évaluer ses besoins en rapport avec les capacités parentales?

L'analyse de ces deux conditions exige des réponses concrètes. Toute évaluation faite de façon abstraite des deux conditions préalables à l'admissibilité à l'adoption ou encore à partir des seules actions parentales posées ou envisagées, ne peut conduire qu'à la protection des liens biologiques et des droits parentaux, alors que la loi pose la règle contraire, c'est-à-dire qu'on doit décider de l'abandon ou de la probabilité de reprise en charge en fonction de l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits.

Dès lors, les contradictions énoncées plus haut disparaissent puisque l'intérêt de l'enfant n'accorde pas de droits aux parents adoptifs sur lui et que la

262. *Droit de la famille* - 376, (1987) R.J.Q. 1235 (C.A.), pp. 1237 et 1238.

263. *Id.*, p. 1239.

satisfaction de ses besoins devient l'élément déterminant pour décider s'il y a abandon d'abord et, ensuite, s'il y a lieu de leur remettre ou non l'enfant. La Cour d'appel confirme, en 1987, la position de la Cour supérieure qui avait déclaré, en 1982, à propos de la probabilité de reprise en charge :

«On ne peut mettre une cloison étanche entre les conditions exigées par la loi et l'intérêt de l'enfant. Nous sommes dans un domaine profondément humain où réagissent les relations parents et enfants. Comment apprécier la probabilité ... sans évaluer d'abord la situation (des enfants) ... non pas dans l'abstrait (mais en regard de l'enfant qui fait l'objet du litige). L'âge, la santé physique et mentale, ses besoins particuliers doivent également être considérés, non pas pour décider quel est le milieu le plus favorable à son intérêt, mais comme un des facteurs pour conduire à une probabilité de prise en charge»²⁶⁴.

Donnons quelques exemples. Les parents ne peuvent poser les mêmes gestes pour assumer leurs devoirs parentaux selon que l'enfant est âgé de 1 an, 2 ans, 6 ans, 12 ans, qu'il est en santé ou malade, handicapé ou non; on doit aussi tenir compte de la situation de la famille où il vit (souvent depuis longtemps), qui a habituellement créé des liens affectifs avec lui, contribué à son développement intellectuel, affectif, moral, physique et autres aspects de sa personnalité. *Les besoins particuliers sont donc déterminants* autant pour décider si les parents ont accompli suffisamment leurs devoirs pour maintenir des liens avec lui ou pour évaluer la possibilité de la reprise de sa garde, compte tenu de son évolution, et sans le détruire ou remettre en cause les acquis de l'enfant. *Plus le temps s'écoule, plus les attentes de l'enfant risquent d'être grandes en regard des capacités parentales.*²⁶⁵ Mais on ne peut tout de même pas reprocher à l'enfant de s'être attaché à sa famille d'accueil ou adoptive, ni à celle-ci de lui avoir donné ce qu'elle avait de meilleur à lui offrir. L'enfant n'est pas un être abstrait. Il subira l'influence de sa famille d'accueil désireuse de l'adopter. Ce serait anormal, s'il en était autrement.

264. C.S., St-François, 450-05-000571-816, 20 avril 1982, pp. 10 et 11. Repris par M. le juge Vallerand dans *Droit de la famille* - 376, [1987] 1235 (C.A.), p. 1239. (Les italiques sont dans le texte.) (Les mots «des enfants» entre parenthèses est de nous à des fins de compréhension de l'extrait reproduit seulement en partie.)

265. Voir, sur la notion du temps, J. GOLDSSTEIN, A. FREUD, A.J. SOLNIT, *op. cit.*, note 175, pp. 17, 31 à 34. Voir aussi, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, *op. cit.*, note 39, pp. 76 à 80.

Somme toute, tenir compte des besoins de l'enfant ne signifie pas comparer la qualité des parents d'accueil ou des parents biologiques, puisque ceux qui s'en occupent de façon quotidienne seront toujours gagnants²⁶⁶. Cela revient simplement à déterminer si les parents naturels peuvent maintenant reprendre l'enfant et s'en occuper de façon acceptable à ses yeux même si les capacités parentales sont moindres que celles des parents adoptifs. Mais, comme le signale la Cour d'appel, à propos de ce que l'enfant a reçu dans sa famille d'accueil qui en demande maintenant l'adoption, on ne peut ignorer ni ce que l'enfant a reçu, ni les besoins développés dans cette famille, «non pas pour comparer les aptitudes respectives»²⁶⁷, mais pour déterminer si les parents d'origine sont en mesure de répondre aux attentes de l'enfant.

En conclusion, *exclure l'intérêt de l'enfant et ses besoins pour discuter de l'abandon et de la probabilité de la reprise en charge par ses parents, c'était s'engager dans une voie sans issue* qui a donné lieu à diverses tendances, dont l'abandon intentionnel ou fautif. Si l'article 33 C.c.Q. avait été appliqué, aucune des tendances ayant comme fondement les excuses ou encore les actions parentales qui ne tiennent pas compte des besoins de l'enfant n'aurait pu voir le jour. Il ne s'agit donc pas d'opposer parents d'accueil et parents biologiques, *mais d'individualiser les besoins essentiels propres à chaque enfant.*²⁶⁸ *C'est de cette manière qu'on peut dire que «l'enfant est sujet et non un objet de droit».*²⁶⁹

La seule contradiction dans le raisonnement de la Cour d'appel résulte de la comparaison bizarre faite entre l'admissibilité à l'adoption et la filiation par le sang pour en tirer l'argument que l'intérêt de l'enfant ne s'appliquerait ni à l'un ni à l'autre.²⁷⁰ La filiation par le sang obéit uniquement à des règles biologiques

266. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1239 (C.A.), p. 1239.

267. *Id.*, p. 1241.

268. Il y a quasi-unanimité à ce sujet, voir en ce sens, *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 654; *Droit de la famille - 1544*, [1992] 617 (C.A.), p. 637; *Droit de la famille - 1628*, C.A., Québec, 200-08-000024-878, 28 mai 1992, p. 5; *Droit de la famille - 1101*, [1987] R.D.F. 244 (T.J.), p. 252; *Droit de la famille - 376*, [1987] 1235 (C.A.), p. 1239; *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-0000-843, 25 janvier, 1985, p. 6; *Tribunal de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-43-000376-847, 6 septembre 1985, p. 7.

269. Voir C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, *op. cit.*, note 39, pp. 14 et 187. Voir aussi, *Droit de la famille - 595*, [1989] R.D.F. 94 (C. de la J.), p. 103.

270. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235, p. 1238; *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617, pp. 629 et 630.

mécaniques alors que l'intérêt de l'enfant s'applique au domaine de l'adoption qui a été créé précisément pour répondre, entre autres, aux besoins décrits à l'article 33 al. 2 C.c.Q. Discuter de l'abandon et de probabilité de reprise en charge n'ont rien à voir avec la filiation par le sang. *C'est une comparaison stérile qui ne mène nulle part.*

Bref, on constate qu'on ne peut se priver du critère de l'intérêt de l'enfant pour prendre chacune des décisions qui conduisent à l'adoption. En effet, comme l'a déjà souligné la Cour supérieure :

«... ce serait une erreur grave en droit ... de considérer uniquement l'intérêt de l'enfant, sans au préalable décider et de l'abandon et de la reprise en charge, mais ce serait également une erreur ou une négligence dans l'appréciation par présomption de ne pas tenir compte de l'intérêt de l'enfant pour décider de l'existence des deux conditions préalables»²⁷¹.

Les domaines où l'on doit faire appel à la règle de l'intérêt de l'enfant sont pleins de rebondissements et l'adoption n'y échappe pas. En effet, les tribunaux se sont demandés, une fois les conditions remplies pour prononcer l'admissibilité à l'adoption, s'ils avaient discrétion pour refuser malgré tout de déclarer l'enfant adoptable.

Section 2 L'ajout du critère de l'intérêt de l'enfant comme une troisième condition, indépendante des deux autres, avant de prononcer l'admissibilité à l'adoption.

Les tribunaux ont aussi cherché à ajouter une autre condition à l'admissibilité à l'adoption pour exercer de nouveau leur discrétion judiciaire. Après avoir exercé celle-ci pour décider s'il y a abandon et, ensuite, probabilité de reprise en charge, ils se sont demandés s'ils ne pouvaient pas également refuser de déclarer l'enfant adoptable, en considérant l'intérêt de l'enfant comme une règle autonome.

On pourrait poser cette question plus justement de la manière suivante : *doit-on décider, par anticipation, de l'adoption éventuelle d'un enfant au stade de la*

271. C.S., St-François, 450-95-000571, 20 avril 1982, pp. 10 et 11. (Les italiques sont de nous.)

*demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption ou reporter cette discussion lors de la demande du placement en vue de son adoption?*²⁷²

La discussion sur la possibilité pour les tribunaux de refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption, lorsque toutes les conditions sont remplies, s'est engagée à partir du terme «peut» à l'article 559 C.c.Q. On s'est d'abord interrogé sur la portée de ce terme en faisant appel aux règles d'interprétation pour en déterminer le sens général et, ensuite, dans le contexte de l'adoption.

A) La discrétion judiciaire pour déclarer l'enfant adoptable fondée sur l'interprétation du terme «peut».

Quelle est la portée du terme «peut» conférant au tribunal le pouvoir de faire quelque chose? Si le terme «doit» est impératif, celui de «peut» est-il nécessairement facultatif? M. Louis-Philippe Pigeon écrivait que «peut» *«est impératif quand il est attributif de juridiction judiciaire et quasi-judiciaire»*²⁷³ en ce sens qu'un tribunal doit exercer sa juridiction²⁷⁴. L'auteur ajoute que :

«Quand il est attributif non plus d'une juridiction, mais d'une discrétion - la discrétion évidemment, c'est l'accessoire de la juridiction, c'est là où est la nuance, - quand il est attributif de discrétion, cette discrétion, dans le cas d'un tribunal judiciaire, doit être exercée judiciairement»²⁷⁵.

Exercer judiciairement sa discrétion signifie le faire pour un motif valable en droit²⁷⁶. Au fond, cerner le sens du mot «peut» à l'article 559 consiste à se

272. L'adoption comporte trois étapes distinctes, soit l'admissibilité à l'adoption (ou un consentement à l'adoption), le placement en vue de l'adoption et le jugement d'adoption. Les tribunaux devraient-ils limiter l'exercice de leur discrétion judiciaire en fonction de l'étape concernée et des objectifs de celle-ci? Doit-on laisser les juges exercer leur discrétion aux autres étapes postérieures pour décider de la continuation du processus d'adoption? Ainsi, on pourrait déclarer un enfant adoptable et ne pas le placer en vue de son adoption pour d'autres circonstances étrangères à son admissibilité à l'adoption. Voir, à ce sujet, les articles 570, 572 et 573 C.c.Q. qui prévoient que le placement peut prendre fin.

273. L.-P. PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Les Publications du Québec, 1986, pp. 65, 67, 69 et 70.

274. *Id.*, p. 23.

275. *Id.*, p. 70.

276. *Id.*

demander ce que signifie, dans le cadre cette disposition, «attribuer une juridiction» ou «une discrétion». Comme la juridiction en matière d'adoption est attribuée par l'article 36.1 C.p.c., le terme «peut» se rapporte donc uniquement à l'attribution d'une «discrétion» pour déclarer l'enfant adoptable lorsque les conditions déterminées par le législateur sont remplies. Dans cette hypothèse, les termes *«peut être judiciairement déclaré admissible à l'adoption»* permettent-ils au tribunal de ne pas le faire? Les opinions sont partagées.

D'après le professeur P.-A. Côté, c'est le contexte ou l'objet de la loi qui permettent de dégager que *«le pouvoir conféré ou la faculté accordée n'est pas absolument discrétionnaire. Il se peut, en effet, qu'un pouvoir soit assorti d'un devoir d'exercer le pouvoir en question lorsque certaines circonstances sont réunies»*²⁷⁷. Dans l'arrêt *Droit de la famille - 1544*, M. le juge Beauregard (dissident)²⁷⁸ estime que l'article 559 C.c.Q. n'attribue pas au tribunal le pouvoir de refuser de déclarer l'enfant adoptable si l'une des situations prévues existe. À ses yeux, le tribunal peut refuser seulement si l'enfant ne se trouve pas dans l'une des quatre situations énoncées à l'article 559 C.c.Q. ou s'il s'y trouve lorsque les parents renversent la présomption d'improbabilité de reprise en charge.

En 1987, la Cour d'appel avait également rejeté la proposition de la Cour supérieure qui avait statué que si l'enfant était susceptible d'être adoptable, le tribunal devait s'assurer que la déclaration d'admissibilité à l'adoption était faite dans son intérêt et le respect de ses droits.²⁷⁹ M. le juge Vallerand de la Cour d'appel déclarait qu'il ne partage pas cet avis et cela, nonobstant les dispositions expresses de l'article 30 devenu 33 C.c.Q.²⁸⁰ Dans une décision récente, discutant du terme «peut» dans le cadre du pouvoir accordé au tribunal d'annuler un acte antérieur à la mise sous protection d'un majeur²⁸¹, on indique que le tribunal doit l'exercer alors que les conditions sont remplies et ce, dans l'intérêt du majeur protégé.²⁸²

277. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 84, p. 222.

278. [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 622.

279. T.J., Montréal, 500-43-000347-830 et 500-43-000348-848, 31 juillet 1984.

280. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1237.

281. Art. 284 C.c.Q.

282. *Drouin c. Larivière*, [1995] R.D.F. 106 (C.S.), p. 111.

Somme toute, il apparaît que l'on doit se demander, à propos de ce «pouvoir», appliqué à une éventuelle demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, quel est le but poursuivi par le législateur. D'après M. le juge Vallerand de la Cour d'appel, l'adoption est une institution qui lui semble de loin *la meilleure solution pour procurer à l'enfant des parents irrévocablement engagés et obligés*, qu'une famille d'accueil ne pourra jamais lui offrir si bienveillante soit-elle.²⁸³

Il ressort que les conditions remplies des articles 559 paragr. 2 et 561 C.c.Q. devraient conduire les tribunaux à déclarer l'enfant adoptable, quitte à analyser l'intérêt de l'enfant quant à son adoption éventuelle lors de la demande de placement et, plus tard, lors de la demande d'adoption elle-même. En effet, sur quelle base les tribunaux pourraient-ils refuser de déclarer l'enfant adoptable *lorsque, usant de leur discrétion judiciaire, ils ont déjà décidé que les parents n'avaient pas assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation de leur enfant et qu'ils étaient incapables d'en reprendre la charge*? Seule la conservation des liens biologiques ou autres motifs semblables, sans rapport avec les besoins réels de l'enfant, peuvent servir de fondement, à première vue, à un tel refus.

On affirme qu'on ne doit pas le déclarer adoptable sans raison. Lui fournir une famille affective devrait constituer la seule raison majeure. Si d'aventure les circonstances changent, il serait toujours loisible de ne pas placer l'enfant ou de refuser l'adoption, auxquels cas les liens de sang seraient conservés. En effet, il faut se rappeler que *le jugement d'admissibilité à l'adoption est sans effet aucun sur le lien de filiation*. Seul le jugement d'adoption entraîne la substitution de la filiation adoptive à la filiation d'origine conformément aux articles 577 et 579 C.c.Q.²⁸⁴ L'attribution de l'autorité parentale lors de la déclaration d'admissibilité à l'adoption ne fait que clarifier la situation légale de la personne qui s'occupera de l'enfant, et ce jusqu'au placement en vue de l'adoption en vertu des articles 562 et 569 C.c.Q., puisque ses parents ne s'en occupent plus ou tellement peu.

283. *Droit de la famille - 1554*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 635.

284. Voir, en ce sens, *Protection de la jeunesse*, C.Q., 500-43-000038-942, 2 décembre 1994, p. 10.

Les motifs pour refuser l'admissibilité à l'adoption nous paraissent confondre les étapes et les effets de cette déclaration. *On s'arroge implicitement des pouvoirs au nom de la discrétion judiciaire, alors qu'à notre avis ces pouvoirs appartiennent à un autre forum lors d'une autre étape. Autrement, pourquoi avoir prévu des étapes successives jusqu'au jugement d'adoption* en prévoyant que chacune d'entre elles peut conduire ou non à l'étape suivante, à la lumière des circonstances et de l'intérêt de l'enfant?

Si l'on compare les deux voies pour parvenir au placement de l'enfant en vue de son adoption, on constate que le législateur a substitué au consentement des parents la déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption. Dans les deux hypothèses, que l'enfant devienne adoptable par consentement²⁸⁵ ou à la suite d'un jugement le déclarant adoptable, *c'est lors du placement qu'on devrait décider s'il est dans l'intérêt de l'enfant de le faire*²⁸⁶. Il ressort que les tribunaux, lorsqu'ils refusent de prononcer l'admissibilité à l'adoption, décident par anticipation de prévenir des effets qui ne relèvent pas du terme «peut» à l'article 559 C.c.Q., mais de la décision rendue au moment de la demande de placement. Même si la déclaration d'admissibilité à l'adoption conduit *habituellement* à l'adoption elle-même, le législateur distingue néanmoins ces trois étapes. Elles requièrent de tenir compte de l'intérêt de l'enfant dans une optique différente, la raison étant que les buts poursuivis par chacune d'elles diffèrent.

Pourtant, au-delà de ces considérations sur la portée du terme «peut» dans le contexte particulier d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, d'autres estiment disposer d'une discrétion judiciaire plus large en discutant à nouveau de l'intérêt de l'enfant même si les conditions prévues aux articles 559

285. Art. 551 à 558 C.c.Q. Il ne viendrait pas à l'esprit de refuser le consentement à l'adoption des parents au motif que cela irait à l'encontre de l'intérêt de l'enfant.

286. *Droit de la famille* - 376, [1987] 1235 (C.A.), pp. 1237 et 1238; *Droit de la famille* - 1544, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 629 et 628. Voir, à ce propos, une décision du juge en chef M. J.-P. Lavallée qui, en 1976, avait discuté de la portée du terme «peut» dans un contexte identique (L.R.Q., c. A-7, art. 2 et 7). Parlant de la discrétion judiciaire, il indique que la grande latitude du tribunal s'applique pour apprécier les faits d'abandon et l'improbabilité de reprise en charge qui n'était toutefois pas présumée à l'époque. Quant à la discussion sur l'intérêt de l'enfant, il la fait principalement lorsqu'il se demande si l'enfant doit être adopté. En effet, rappelons que l'étape du placement *effectué par le tribunal* n'existait pas dans le droit antérieur : Voir A... c. D..., [1976] C.P. 2013, pp. 2015 et 2016.

paragr. 2 et 561 C.c.Q. sont remplies. C'est une troisième condition qui viendrait s'ajouter à la preuve de l'abandon et de l'incapacité des parents d'établir qu'une reprise en charge est possible, l'un et l'autre ayant déjà été précisément appréciés en regard de l'intérêt de l'enfant et de ses besoins.²⁸⁷

On justifie cette position en affirmant qu'il faut «préférer la discrétion judiciaire à l'automatisme de la loi»²⁸⁸. Paradoxalement, M. le juge Vallerand, qui avait déclaré en 1987 que l'admissibilité à l'adoption doit être déclarée lorsque les deux conditions préalables sont satisfaites, suggère en 1992 de reporter cette discussion lorsque cette question se posera devant la Cour d'appel²⁸⁹.

Quoi qu'il en soit, si la discrétion judiciaire fondée sur l'intérêt de l'enfant envisagée comme une troisième condition venait à s'imposer, même temporairement, nous croyons devoir à tout le moins discuter de son encadrement pour prévenir la naissance de diverses tendances qui n'auraient rien à voir avec les besoins de l'enfant, comme ce fut le cas à propos de celles créées à partir de l'article 559 paragr. 2 C.c.Q., dont l'abandon intentionnel ou fautif.

287. Le critère de l'intérêt de l'enfant ne peut être détaché du cadre juridique dans lequel on l'applique et comme l'écrit le professeur P.-A. Côté, «une fois l'objet de la loi établi, ... rechercher le sens des mots dont le législateur s'est servi au lieu de spéculer sur ses intentions». P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 84, pp. 274 et 275 et les arrêts cités par l'auteur à la note 149. Voir aussi les propos de l'auteur sur l'article 41 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, aux pages 357 et 456.

288. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 637 et 638. Voir aussi, S. PILON, *loc. cit.*, note 31, pp. 420 et 421. L'auteure se contente d'affirmer que l'on doit vérifier si la déclaration d'admissibilité à l'adoption est faite dans l'intérêt de l'enfant.

289. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 630 et note 22. Déjà, en 1973, dans *Ste-Marie c. C.B.E.S.*, [1973] C.S. 534, p. 539, M. le juge Vallerand, alors juge à la Cour supérieure, avait déclaré qu'on ne doit pas prononcer l'adoption chaque fois que l'enfant y trouve un intérêt quelconque. On a transposé, en quelque sorte, ce raisonnement concernant le jugement d'adoption proprement dit pour l'appliquer à la déclaration d'admissibilité à l'adoption.

B) La discrétion judiciaire fondée sur le critère de l'intérêt de l'enfant considéré comme une règle autonome, pour refuser l'admissibilité à l'adoption.

La Cour d'appel, par la voix de M. le juge Baudouin, estime qu'il pourrait arriver qu'il ne soit pas «*dans l'intérêt de l'enfant d'être immédiatement déclaré adoptable*»²⁹⁰. Le terme «*immédiatement*» signifie-t-il qu'on devra refaire ultérieurement la même preuve pour arriver aux mêmes conclusions?²⁹¹ En effet, si la probabilité de reprise en charge existe, le tribunal ordonnera le retour progressif de l'enfant auprès des parents, sinon il devient difficile de concevoir pourquoi on refuserait de le déclarer adoptable, *sauf si l'enfant, âgé de 10 ans et plus refuse d'être adopté*²⁹². Mais la Cour d'appel venait d'entrouvrir une porte; on n'allait pas attendre longtemps! On avait, jusqu'en 1994, énoncé principalement, sous forme d'*obiter dicta*, qu'aux deux conditions posées par le législateur s'en ajoutait une troisième tel qu'indiqué plus haut, si tant est qu'elle existe.²⁹³

Précisons d'abord l'encadrement juridique de l'exercice de la discrétion judiciaire pour refuser de déclarer l'enfant adoptable une fois l'abandon et

290. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617, p. 638.

291. C. LAVALLÉE, *op. cit.*, note 105, p. 102. L'auteure signale l'intérêt de prononcer l'admissibilité à l'adoption lorsque les conditions sont remplies, notamment pour permettre l'économie des délais où le temps dans ce domaine joue contre l'enfant. Si le placement est refusé, on n'aura pas à refaire les procédures si les circonstances justifient un peu plus tard le placement à des fins d'adoption.

292. Art. 549 et 550 C.c.Q. Dans cette hypothèse, l'affaire ne se retrouvera pas devant le tribunal. Notons que le tribunal peut passer outre le refus de l'enfant âgé de 10 ans et plus et qu'il doit respecter celui de l'enfant âgé de 14 ans et plus.

293. Voir, en ce sens, *Droit de la famille - 231*, [1985] T.J. 2044, p. 2045, dans lequel le tribunal établissait trois étapes distinctes dans l'exercice de sa discrétion judiciaire, soit celle du constat d'un abandon, puis de la probabilité de reprise en charge, et enfin, ces conditions étant remplies, celle de déterminer s'il est dans l'intérêt de l'enfant d'être déclaré adoptable. Il s'agissait, toutefois, d'un *obiter dictum* puisque le tribunal conclut à la probabilité de reprise en charge, ce qui rendait inutile toute discussion sur l'intérêt de l'enfant pour le déclarer adoptable. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel à *Droit de la famille - 231*, [1988] 230 (C.A.), p. 234. Voir dans le même sens *Tribunal de la jeunesse*, Montréal, 500-43-000135-854, 18 décembre 1985. (Le tribunal signale ne pas avoir à discuter de l'intérêt de l'enfant puisque l'une des conditions à son admissibilité à l'adoption n'est pas remplie) *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 638.

l'incapacité de reprise en charge constatés. Nous verrons, par la suite, pourquoi un juge de la Chambre de la jeunesse a posé et appliqué une troisième condition pour refuser expressément de prononcer l'admissibilité à l'adoption même si toutes les autres conditions étaient remplies. Ce jugement a l'avantage de poser concrètement la question.

1) L'encadrement juridique de la discrétion judiciaire pour refuser de déclarer l'enfant adoptable.

Plusieurs décisions prononcent l'admissibilité à l'adoption en disant le faire dans l'intérêt de l'enfant, sans donner de précisions²⁹⁴ ou encore sans référer expressément à ce critère²⁹⁵. Dans d'autres décisions, les tribunaux discutent brièvement du critère de l'intérêt de l'enfant en constatant à la fois l'absence d'un lien affectif entre les parents et l'enfant et le fait que les parents d'accueil sont devenus les parents (psychologiques) affectifs de l'enfant.²⁹⁶

Dans toutes ces décisions, toutefois, les tribunaux ne semblent pas avoir envisagé le critère de l'intérêt de l'enfant comme une condition supplémentaire à celles déjà requises pour prononcer une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption. Au contraire, ce critère a toujours été envisagé comme intimement lié à l'appréciation des deux conditions posées par le législateur : l'abandon et l'improbabilité de reprise en charge par les parents. Ajoutons également que les

294. Voir *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Beauce, 350-43-000001-916, 12 avril 1991, p. 10; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Abitibi, 620-43-000002-910, 4 décembre 1992, p. 37; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Frontenac, 235-43-000007-916, 10 novembre 1992, p. 17; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000008-927, 15 avril 1993, p. 16.

295. Voir *Droit de la famille* - 388, [1987] R.D.F. 285 (T.J.); *Droit de la famille* - 653, [1989] R.J.Q. 1361 (C. de la J.); *Tribunal de la jeunesse*, Montréal, 500-43-000058-874, 18 janvier 1988; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Bedford, 460-43-000013-892, 26 septembre 1989; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-000 et 500-43-000, le 30 août 1990; *Droit de la famille* - 1756, [1993] R.D.F. 152 (C. de la J.); *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000102-901, 3 avril 1991.

296. *Droit de la famille* - 1101, [1987] R.D.F. 244 (T.J.), p. 257; *Tribunal de la jeunesse*, Québec, 200-43-000018-86, 4 février 1987, p. 13; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000028-884, 25 avril 1989, p. 19; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000043-890, 8 août 1990, p. 54; *Droit de la famille* - 1528, [1992] R.D.F. 103 (C. de la J.), p. 113; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-000421-924, 19 janvier 1994, pp. 15 et 16; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000022-928 et 450-43-000023-926, 18 décembre 1992, p. 32.

tribunaux considèrent, de façon générale, que l'absence d'un projet d'adoption, par la famille d'accueil où l'enfant vit depuis quelques années, ne constitue pas un obstacle à la déclaration d'admissibilité à l'adoption lorsque les conditions sont remplies.²⁹⁷

Bref, les tribunaux se réfèrent au cadre juridique de l'abandon et de la probabilité de reprise en charge pour déterminer, à partir des besoins de l'enfant, s'ils ont été satisfaits ou s'ils sont susceptibles de l'être. Toutefois, ils n'ont vraiment rien dit sur ce qu'il fallait entendre par l'intérêt de l'enfant à ne pas être déclaré adoptable, si ce n'est d'affirmer cette possibilité ou de donner des exemples qui relèvent plutôt de l'improbabilité de la reprise en charge.

Mme le juge McLachlin de la Cour suprême *souligne le danger du critère de l'intérêt de l'enfant, qu'elle qualifie de «large», lorsque les tribunaux l'utilisent pour exercer leur discrétion judiciaire*, en déclarant que :

«La tâche des tribunaux n'est pas, pour autant, purement discrétionnaire. En incorporant dans la loi le critère de l'intérêt de l'enfant ... le législateur a établi un critère juridique, bien qu'il s'agisse d'un critère souple ... Il n'y a pas de place pour les prédilections et les préjugés du juge. Son devoir est d'appliquer la loi; non pas d'agir comme il ou elle le veut, mais comme il ou elle est tenu de le faire.»²⁹⁸

Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé en fonction des besoins de l'enfant et en ayant comme objectif l'atteinte du but proposé par la loi.²⁹⁹ Autrement, il y a risque de substituer ses propres critères et de donner naissance à des conceptions éloignées ou étrangères à l'intérêt même de l'enfant qu'on désire protéger. En effet, nul ne veut rendre une décision contraire au bien-être de l'enfant, mais imperceptiblement, en l'absence de certaines balises juridiques, l'influence de ses conceptions ou perceptions personnelles, acquises au fil des années, s'infiltrer dans le subjectivisme inhérent à la notion d'intérêt de l'enfant.³⁰⁰

297. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000058-915, 8 mars 1993, pp. 29 et 32; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000066-926, 20 janvier 1994, pp. 25 et 26.

298. *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 117.

299. *Id.*, Mme le juge Claire L'Heureux-Dubé, p. 67.

300. Voir, en ce sens, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, *op. cit.*, note 39, pp. 2, 4 et 5.

Sans retreindre l'exercice du pouvoir discrétionnaire lui-même, il ressort qu'il doit être cependant orienté d'après les buts poursuivis dans la loi et qui sont en matière d'adoption, comme on l'a souvent décidé, «*d'établir des liens permanents avec des parents ... capables de répondre à ses besoins de manière complète et harmonieuse*»³⁰¹. Lorsque les parents d'origine sont incapables de s'occuper de leur enfant après que tous les efforts aient été tentés, ou qu'il est inutile de le faire pour des motifs d'incapacité mentale permanente, *on doit chercher à lui procurer des parents le plus rapidement possible*.³⁰² Le législateur impose des conditions marquées par la prudence avant de conclure à l'admissibilité à l'adoption. Mais les délais réels sont souvent trop longs à cause des hésitations d'abord des travailleurs sociaux et, ensuite, des tribunaux. Aussi, on ne devrait pas retarder davantage le processus de l'adoption, au nom de la discrétion judiciaire, *sans avoir des motifs très sérieux pour le faire*.

L'adoption vise à faire cesser l'incertitude quotidienne en permettant, enfin, à l'enfant de créer des liens affectifs stables et continus avec des parents capables de s'en occuper.³⁰³ Dans cette perspective, il nous apparaît, une fois remplies les deux conditions préalables, que le *législateur présume qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'être déclaré admissible à l'adoption, à moins d'établir sans équivoque que cela irait à l'encontre de ses besoins actuels et futurs*. C'est d'ailleurs ce que l'ensemble des textes de lois prévoit : ainsi, l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁰⁴ indique que l'enfant a droit à des parents. Les articles 2.3, 4 et 72.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁰⁵ font obligation aux intervenants sociaux et judiciaires d'éviter de placer l'enfant dans des situations susceptibles de compromettre son développement ou sa sécurité, de lui trouver un milieu familial normal pour lui assurer la continuité et la stabilité et, enfin, de lui fournir une famille adoptive lorsque c'est dans son intérêt.

301. *Droit de la famille* - 256, [1986] R.D.F. 34 (T.J.), p. 40; *Droit de la famille* - 231, [1985] T.J. 2044, p. 2051.

302. *Id.*

303. *Droit de la famille* - 1725, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 10.

304. L.R.Q., c. C-12.

305. L.R.Q., c. P-34.1.

L'adoption demeure encore aujourd'hui la seule alternative pour procurer à l'enfant un milieu familial stable auquel il pourra s'attacher, comme un membre à part entière, et duquel il pourra s'attendre à l'exécution des devoirs parentaux normaux prévus aux articles 33 al. 2 et 599 C.c.Q.

Une famille d'accueil ne devrait jamais, règle générale, être considérée comme un milieu *substitut permanent* pour un enfant. Elle ne doit servir qu'à dépanner les parents ou à prendre en charge des situations particulières d'enfants non adoptables pour diverses raisons comme l'âge, le refus de l'enfant, etc. Il pourrait aussi s'agir d'enfants non abandonnés qui maintiennent des liens affectifs fréquents et importants avec leurs parents d'origine qui ne peuvent en assumer la garde physique.

Dans une majorité de cas, si l'on devait refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption d'un enfant abandonné dont les parents ne le reprendront pas en charge, ce serait le condamner à vivre dans des foyers d'accueil qui deviendront fréquemment à l'adolescence des foyers transitoires successifs. En effet, un bon nombre d'entre eux, faute de pouvoir compter sur une famille intéressée à faire tous les efforts pour les aider à traverser l'adolescence, finiront dans un centre d'accueil pour troubles de comportement sérieux ou délinquance.

La famille d'accueil est un pis aller en attendant une solution définitive qu'on ne cesse de reporter, tantôt au plan social, tantôt au plan judiciaire. Lorsqu'on néglige de faire déclarer l'enfant adoptable, on lui refuse la chance de s'intégrer à un nouveau foyer. Hélas, de nombreux enfants vivent cette situation dans une famille qui aurait pu souhaiter l'adopter, mais y a renoncé en raison d'obstacles insurmontables. *Bref, il s'agit d'enfants abandonnés par le «système» après l'avoir été d'abord par leurs parents et, ensuite, par des parents d'accueil successifs qui ne peuvent créer des liens affectifs profonds avec eux de crainte qu'ils ne leur soient enlevés. Bref, ces enfants sont les bienvenus un peu partout, mais ils ne sont en réalité, nulle part chez eux.* La Chambre de la jeunesse souligne d'ailleurs, à propos de la famille d'accueil, qu'elle :

«... ne peut lui assurer la sécurité et la stabilité que constitue une véritable cellule familiale. La famille d'accueil n'est qu'un moyen provisoire de pourvoir à divers types d'incapacité parentale.»³⁰⁶

Nous avons souligné plus haut que M. le juge Baudouin³⁰⁷ n'est pas favorable à «l'automatisme de la loi». Cette conception, replacée dans le contexte de l'adoption, devrait *conduire à exiger la preuve qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'être adopté, et non le contraire, puisque à ce stade le tribunal a déjà constaté non seulement l'abandon, mais aussi l'incapacité d'une reprise en charge par les parents*. Aussi, si cette troisième condition existe, elle doit être mise au service de l'enfant et de la famille adoptive qui s'offre à s'occuper de l'enfant dont les parents ne peuvent pas ou ne veulent plus s'occuper.

On ne peut refuser de déclarer l'enfant adoptable, compte tenu des objectifs de loi, pour des motifs abstraits ou des raisonnements incompatibles avec la vie réelle de ce dernier qui ne peut créer des liens significatifs avec un parent absent ou qui le visite occasionnellement à son gré. D'ailleurs, rapportons à ce sujet les propos de M. le juge Baudouin de la Cour d'appel :

«Les parents n'ont que peu de droits à l'égard de leurs enfants ... ils ont par contre beaucoup de devoirs, devoirs visant à favoriser leur développement physique et psychologique harmonieux. Lorsqu'un choix doit être fait, d'une part, entre la conservation des liens de filiation et d'une situation ne favorisant ces objectifs au nom des liens du sang et d'un "droit à l'enfant" et, d'autre part, la rupture de ce lien, en espérant permettre le développement social et émotif et la progression de l'enfant, ce *choix apparent n'est plus un véritable choix*.»³⁰⁸

Ce passage nous incite donc à encadrer la troisième condition si jamais on venait à conclure à son existence. *On doit le faire en fonction des objectifs de la loi et des besoins de l'enfant, d'où la présomption de son intérêt à devenir adoptable pour clarifier sa situation*. Est-il besoin d'édicter une telle présomption, comme le législateur l'a fait à l'article 561 C.c.Q., lorsqu'il

306. *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 10.

307. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 637 et 638.

308. *Id.*, p. 637. (Les italiques sont de nous et les guillemets sont dans le texte.) Notons, toutefois, que le jugement d'admissibilité à l'adoption ne rompt pas les liens de filiation d'origine.

présume de l'improbabilité de reprise en charge par les parents? Nous croyons que les conditions pour conclure à l'admissibilité à l'adoption sont suffisantes, et que si le législateur avait voulu créer une troisième condition il l'aurait exprimée expressément³⁰⁹, puisque les dispositions sur l'adoption sont des règles particulières qui dérogent aux règles habituelles de la filiation par le sang.³¹⁰

Les tribunaux s'arrogent possiblement un pouvoir discrétionnaire trop large lorsqu'ils refusent de prononcer l'admissibilité à l'adoption même si les deux conditions prévues expressément par la loi sont remplies. On aperçoit le danger d'utiliser une discrétion judiciaire déjà épuisée pour apprécier l'abandon et l'absence d'une probabilité de reprise en charge de l'enfant par les parents. *En ajouter une autre serait retarder le processus de l'adoption en cherchant à faire indirectement ce que les parents n'ont pu faire directement vu leur inaptitude ou incapacité de reprendre en charge l'enfant.* Il ressort que le refus de prononcer l'admissibilité à l'adoption a pour conséquence nécessaire de maintenir l'enfant en famille d'accueil.

En résumé, la discrétion judiciaire permet d'examiner s'il y a abandon et probabilité de reprise en charge de l'enfant. Si l'on décide ultérieurement de ne pas le placer en vue de son adoption, la situation légale de l'enfant sera claire au moins. En effet, il ne sera pas nécessaire de ramener le dossier devant le tribunal en présentant une nouvelle demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption dans l'hypothèse où les circonstances seraient à nouveau favorables pour le faire adopter.³¹¹ En effet, il faut garder à l'esprit que *l'enfant abandonné ne doit pas le rester, et c'est ce qui lui arrivera pourtant lorsqu'on estime que le placer à long terme en famille d'accueil constitue une solution apparemment satisfaisante.*

309. Voir les articles 543 paragr. 2, 544, 549 et 550, 551 à 558, 566 à 568, 570 à 572, 573, 575, 576, 583, 584 C.c.Q.

310. Les règles particulières de l'adoption maintenant intégrées au Code civil s'inspirent en partie des anciennes dispositions qui étaient contenues dans une loi particulière.

311. L'admissibilité à l'adoption permettrait aussi de faire nommer un tuteur à l'enfant si l'on venait à la conclusion de ne pas poursuivre le processus de l'adoption, voir les articles 186, 199 al. 2 et 252 C.c.Q.

On doit éviter à l'enfant de prolonger son abandon en le faisant adopter rapidement lorsqu'il n'y a pas de retour possible auprès de ses parents. En effet, le maintien dans une famille d'accueil peut entraîner des conséquences ou des difficultés plus graves à l'adolescence que s'il est adopté.³¹² *En définitive, on doit présumer qu'il doit être déclaré adoptable et si on estime devoir user de sa discrétion judiciaire à ce stade, ce doit être pour déterminer si les motifs soulevés pour empêcher qu'il le soit sont graves et sérieux.* Il serait pour le moins surprenant que le législateur ait voulu le contraire, c'est-à-dire qu'on établisse, outre l'abandon et l'incapacité de reprise en charge de l'enfant, qu'il est dans son intérêt d'être adopté. *Les deux conditions exigées aux articles 559 paragr. 2 et 561 C.c.Q. ne sont pas seulement préalables, mais elles sont aussi les conditions mêmes de l'admissibilité à l'adoption.* De plus, on se rend compte que le refus de déclarer l'enfant adoptable peut conduire à un *subjectivisme fondé sur la perception que chacun peut avoir de ce critère.* En effet, cette ultime discrétion judiciaire n'est plus encadrée par le sens du mot «abandon» ni par le contenu de la «probabilité de reprise en charge».

312. *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-43-000517-838, 16 mars 1984.

2) Le risque de dénaturer le critère de l'intérêt de l'enfant en faisant appel à des «considérations» étrangères aux besoins de l'enfant .

Nous venons de montrer pourquoi il est nécessaire d'encadrer la discrétion judiciaire, fondée sur la recherche de l'intérêt de l'enfant, dans l'hypothèse où l'on en viendrait à la conclusion que l'admissibilité à l'adoption ne résulte pas naturellement des deux conditions déjà fixées par la loi. En effet, on ne peut laisser libre cours aux conceptions personnelles des experts, des avocats ou des juges.

Nous allons analyser les motifs invoqués dans un jugement qui, refusant de déclarer les enfants adoptables, ajoute une troisième condition aux deux autres déjà prévues par le législateur. *Notre démarche vise à montrer comment, au nom de la discrétion judiciaire, on peut dénaturer la notion subjective de l'intérêt de l'enfant lorsqu'on évalue celle-ci à partir de diverses considérations détachées de la réalité vécue par l'enfant.* Nous discuterons également des conséquences concrètes de l'utilisation de la discrétion judiciaire lorsqu'elle n'est pas exercée dans le cadre juridique fixé par la loi.

Donnons brièvement les faits de cette affaire³¹³. La mère, *d'origine camerounaise*, a donné naissance à deux enfants en 1985 et 1986 et qui sont placés par le directeur de la protection de la jeunesse à la suite de plusieurs signalements à compter de 1987, d'abord dans une première famille d'accueil jusqu'en 1990, puis dans la famille adoptive actuelle où ils demeurent depuis au moins trois ans et demi lors de la décision de la Chambre de la jeunesse en 1994. Ils sont alors âgés respectivement de sept et huit ans. Les motifs du placement sont les suivants : *prostitution de la mère, consommation de drogue, instabilité physique et psychologique, inaptitude à s'occuper de ses enfants, séjours en prison.*³¹⁴

Le psychiatre nous apprend que la mère souffre de schizophrénie de type catatonique et de troubles de la personnalité; l'état de celle-ci est l'un des plus

313. *Droit de la famille - 1914*, [1994] R.J.Q. 564 (C. de la J.); cette décision a été portée en appel.

314. *Id.*, p. 566.

graves qui existent, *ce qui la rend complètement inapte à reprendre ses enfants ou même à développer des relations affectives stables et continues avec eux*³¹⁵. Pendant les sept années du placement des enfants, la mère est peu intéressée à ses enfants et ses visites ont été nettement ponctuelles. Elle a été absente de leur vie pendant un an, de 1990 à 1991, les a vus une fois en 1991, et une fois en 1992³¹⁶.

Examinons maintenant les principales considérations ou considérants dont le juge de la Chambre de la jeunesse a tenu compte pour refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption, après avoir constaté l'abandon et l'incapacité pour la mère de reprendre seule la charge des enfants³¹⁷. Nous les commentons à la lumière des critères dégagés plus haut pour délimiter la discrétion judiciaire.

a) La conduite des travailleurs sociaux.

Le tribunal fait grief aux travailleurs sociaux³¹⁸ d'avoir refusé une visite de la mère en 1992, d'avoir refusé, en février 1990, de laisser la mère d'accueil lire une lettre aux enfants adressée par leur mère, d'avoir laissé planer le doute sur l'adresse de la mère, et de ne pas avoir enquêté davantage sur un abus sexuel (qui s'est avéré non fondé) que les enfants auraient subi dans leur première famille d'accueil.

Nous ne disposons pas, à partir du jugement, des informations pour commenter l'attitude des travailleurs sociaux, si ce n'est que le tribunal souligne que la visite refusée à la mère en 1992 serait postérieure à la demande en déclaration d'admissibilité des enfants. Ces constats du tribunal sont, en réalité, peu pertinents dans le présent dossier puisque tous s'accordent, incluant le tribunal, pour conclure à l'abandon qui semble, du reste, remonter à la naissance des enfants, en raison des problèmes de la mère et son inaptitude à tous les plans

315. *Id.*, pp. 568 et 569.

316. *Id.*, p. 566.

317. *Id.*, pp. 568 et 569.

318. *Id.*, p. 567.

à s'occuper d'eux. D'ailleurs, le tribunal signale que *l'attitude des travailleurs sociaux n'a pas pour effet d'empêcher de déclarer les enfants adoptables*.³¹⁹

La conduite discutable des travailleurs sociaux *ne doit pas servir d'excuse pour le comportement de la mère*. Ce ne sont tout de même pas les travailleurs sociaux qui sont à l'origine des placements qui ont eu lieu à la suite de plusieurs signalements. Les expertises témoignent non seulement des désordres de personnalité de la mère, *mais aussi de son inaptitude à créer des liens avec les enfants*, ce qui viendrait peut-être justifier la façon d'agir des travailleurs sociaux et la présentation d'une demande en déclaration d'admissibilité en adoption.

b) Les droits de visite postérieurs au jugement d'adoption : une autre forme d'adoption ouverte?

Le tribunal signale que les enfants auraient établi avec leur mère *«un lien affectif, tenu certes, mais significatif»*. Disons au départ qu'un lien significatif ne peut être tenu et qu'un lien tenu ne peut être significatif. Cette construction intellectuelle résultant de la juxtaposition de mots qui s'opposent est pour le moins surprenante.³²⁰

On tire l'existence de liens affectifs entre les enfants et la mère de deux expertises psychologiques qui n'ont jamais mis en présence les uns des autres les enfants, la mère biologique et les parents adoptifs, pour déterminer les allégeances des enfants. *D'après le premier expert*³²¹, les enfants *«ont creusé leur racine dans la famille d'accueil adoptive»*. Puis, on apprend que l'enfant de huit ans dit craindre que sa mère biologique vienne à mourir, mais elle se dit rassurée lorsqu'on lui dit qu'elle est malade et qu'il ne lui arrivera rien de grave.

319. Si la conduite des travailleurs sociaux n'empêche pas la déclaration d'admissibilité à l'adoption, alors pourquoi en parler si ce n'est pour excuser l'inaction de la mère. Au-delà de l'affirmation de principe du tribunal, on peut se demander, si l'attitude des travailleurs n'a pas quand même influencé le tribunal lorsqu'il refuse de déclarer les enfants adoptables. Voir aussi, *Protection de la jeunesse* - 635, (1993) R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 456 : on peut lire que «les intentions, les raisons, les blâmes, ... etc. ne peuvent donc justifier la stagnation de la situation».

320. *Droit de la famille* - 1914, (1994) R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 572.

321. *Id.*, p. 568.

Quant à l'enfant de sept ans, il dit rêver à sa mère, mais «qu'il l'oublie des fois et qu'il n'aimerait pas qu'elle meure tout de suite».

D'après cet expert, *seule la famille d'accueil actuelle peut procurer aux enfants une «stabilité émotionnelle»³²²*. Puis, il devient hésitant, ou pire encore il se demande s'il ne faudrait pas attendre encore une autre année pour voir ce qui va se passer. Finalement, il opte pour l'adoption en raison de l'ouverture des parents adoptifs qui se disent prêts à accepter des rencontres bi-annuelles entre la mère et les enfants après l'adoption. Il ajoute qu'il faudrait, en l'absence de cette possibilité, envisager une autre solution pour maintenir les contacts avec le milieu d'origine. Il ne suggère pas cependant les autres alternatives. L'adoption suppose un choix, difficile parfois, mais tout de même un choix entier et non une solution qui n'en est pas une!

L'expert propose, en quelque sorte, une forme «*d'adoption ouverte avec droits de visite*» *qui n'existe pas dans notre droit*. Le juge constate lui-même que les parents adoptifs n'accepteraient qu'une seule rencontre annuelle entre la mère biologique et les enfants. Il semble en tirer indirectement, sans le dire expressément, un motif pour refuser de déclarer l'enfant adoptable³²³. Si tel est le cas, *un tel motif nous rend perplexes quant à sa légalité puisque l'adoption plénière, la seule permise au Québec³²⁴, ne comporte aucune obligation de permettre des visites. Ce n'est pas non plus une condition que le tribunal peut imposer ou même envisager avec les parents adoptifs.*³²⁵

On peut d'ailleurs s'interroger sur la légalité de ces conventions préalables entre les futurs parents adoptifs et les parents biologiques. Même si elles sont assorties d'une obligation morale seulement, nous ne croyons pas, *en dépit d'une certaine pratique dans ce sens, que les dispositions actuelles en matière d'adoption permettent de telles ententes*. Ce n'est pas parce que le législateur ne

322. *Id.*

323. *Id.*

324. Art. 577 et 578 C.c.Q.

325. Art. 579 C.c.Q.

l'interdit pas que cela est permis. Au contraire, le régime québécois de l'adoption plénière interdirait de telles conventions.³²⁶

Le juge tient un discours sur l'ouverture des parents adoptifs à des visites qui se comprend seulement lorsqu'il indique qu'il «*est clair pour les deux parents d'accueil qu'ils sont prêts à garder les enfants jusqu'à leur majorité, peu importe qu'ils les adoptent ou non*». On veut d'eux, si l'on peut dire, comme parents d'accueil pour remplacer une mère inapte à reprendre ses enfants de façon permanente, mais non comme de véritables parents. *Et après la majorité, que se passera-t-il?* Ils n'auront plus besoin de parents? Cette approche qui considère la famille d'accueil comme une alternative contredit, comme nous l'avons indiqué plus haut, toute la jurisprudence et les théories sur le besoin d'appartenance de l'enfant et l'article 33 al. 2 C.c.Q.³²⁷. L'hypothèse même de l'expert de retarder l'adoption d'une année pour voir ce qui va arriver est plutôt gênante. On ne fait que rallonger inutilement la période d'incertitude puisque la mère ne peut aucunement développer, à toutes fins pratiques, des liens affectifs avec ses enfants.

Le deuxième expert fait état également d'un profond attachement des enfants à leur famille d'accueil, mais il signale que les enfants auraient des angoisses résultant de la séparation d'avec leur mère et de l'abandon. Ce dernier en tire la conclusion qu'ils ont besoin de maintenir des liens significatifs avec leur mère biologique³²⁸. Il aurait été intéressant de lui demander si ces rares visites de cette

326. De telles conventions risquent d'exposer l'enfant à un certain tiraillement entre les parents biologiques et les parents adoptifs. Même si ces derniers peuvent y mettre fin, *ils auront l'odieux de la décision, aux yeux de l'enfant*, peu importe si la cessation des visites est faite dans son intérêt. Il est discutable, par ailleurs, d'obtenir des consentements à l'adoption sur la base d'une obligation morale. *L'adoption «à la carte» nous paraît présenter beaucoup plus d'inconvénients pour l'enfant et les parents adoptifs que les personnes favorables à toutes sortes d'adoptions ouvertes veulent bien l'indiquer*. On peut penser au conflit de loyauté, à la possibilité des parents adoptifs de ne pas être considérés comme les véritables parents, au chantage de l'enfant à un certain âge, etc. Sur les adoptions ouvertes, voir D.H. SIEGEL, «Open adoption of infants : Adoptive Parent's Perceptions of Advantages and Disadvantages», *Social Work*, vol. 38, no 1, janvier 1993.

327. Voir, Chapitre III, section 2, (b) (i) : l'encadrement juridique de la discrétion judiciaire pour refuser de déclarer l'enfant adoptable. Voir, entre autres, L. MORIN, «Pour une définition de l'intérêt de l'enfant basée sur son besoin d'appartenir», (1976-77) 7 *R.D.U.S.* 452.

328. *Droit de la famille - 1914*, [1994] R.J.Q. 564 (C. de J.), p. 569.

personne, qu'on leur présente comme leur mère, ne contribueraient pas à favoriser des espoirs inexistantes puisque la mère, de l'avis de tous, ne pourra *jamais* les reprendre. Comment peut-il envisager, comme il le propose, que les enfants entretiennent des liens significatifs avec la mère alors qu'il indique, dans sa propre expertise, que la mère est peu apte à développer des relations affectives avec eux, ce qui est confirmé par le diagnostic médical du psychiatre tel que rapporté plus haut?

Il est bien connu que l'enfant ne peut créer ni maintenir de liens avec un parent absent trop longtemps de sa vie. D'ailleurs, les angoisses dont parle cet expert et la crainte de voir mourir leur mère ne peuvent être l'objet d'une inquiétude chez des enfants de sept et huit ans à moins de leur avoir posé cette question expressément ou d'avoir discuté en leur présence des problèmes de santé psychologique de la mère.

Ces deux enfants montrent un éveil aux liens biologiques, mais leur réaction à l'égard de leur mère est assez révélatrice. *En effet, si l'attachement des enfants était tel qu'on le prétend et s'ils avaient conservé des liens significatifs avec elle, nous devrions observer des signes importants de détresse chez ces derniers au moment de l'abandon.*³²⁹ *Comme il n'y a pas de véritables liens avec la mère, il n'y a pas de détresse.*³³⁰ *De plus, si la situation d'angoisse et d'abandon avait l'importance que lui accorde l'expert, les enfants auraient dû présenter des difficultés d'adaptation scolaire ou de comportement et ils auraient été carencés, comme c'est généralement le cas dans de telles situations.*³³¹ *À tout événement, s'il ne nous appartient pas de refaire l'expertise, le tribunal ne doit pas non plus en être esclave. Il aurait été nécessaire d'entendre les parents d'accueil sur les réactions des enfants. Comme la Cour suprême le signale :*

«Le bon sens nous force en effet à reconnaître que la personne qui s'occupe de l'entretien quotidien de l'enfant peut observer (souvent mieux que l'expert) dans

329. Nous avons consulté à ce sujet le docteur Luc Morin, pédopsychiatre, professeur, Université McGill, sur les comportements habituels d'enfants en situation d'abandon ou de détresse dans le contexte du présent litige.

330. *Id.*

331. *Id.*

sa conduite, son humeur, son attitude et son développement des changements qui, aux yeux de toute personne, passeraient inaperçus.»³³²

Les deux expertises psychologiques, pour ce qui en ressort dans le jugement, sont pleines de contradictions et paraissent peu réalistes ou invraisemblables, à un tel point qu'il est même possible de s'interroger sur leur utilité dans les circonstances. Elles sont manifestement fondées sur des déductions non soutenues par les faits. En effet, en aucun moment, et rien n'indique que ce ne fut pas possible, les parents affectifs d'accueil, la mère et les enfants n'ont été vus ensemble³³³ pour évaluer concrètement et de façon factuelle les relations entre ces personnes. Bien au contraire, l'expert procède par «déduction» plutôt que par «constatation».

La description de la réaction des enfants est, d'ailleurs, très instructive «à l'égard de la crainte du décès de la mère» : le premier expert rapporte que l'enfant de huit ans, sachant sa mère malade *espère qu'il ne lui arrivera rien de grave et l'enfant de sept ans aimerait qu'elle ne décède pas tout de suite*. Il ne s'agit manifestement pas de réactions d'enfants qui ont des liens d'attachement significatifs, profonds ni même ténus avec leur mère. *Ils auraient dû réagir vivement. Bien au contraire, ils ne ressentent aucune peine ou désarroi proportionnel à leur âge.*³³⁴ Comment pourrait-il en être autrement? Ils n'ont, à toutes fins pratiques, jamais vécu avec elle qui ne les voyait que de façon très occasionnelle. On comprend que l'enfant de sept ans mentionne qu'il rêve de sa mère à l'occasion, mais on reste surpris qu'il ajoute également qu'il «oublie sa mère».

332. *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 86. (Les mots entre parenthèses sont de nous.)

333. On qualifie cette expertise de «macroscopique» par opposition à celle qui repose sur des déductions lorsque l'expert ne rencontre pas ensemble, ou ne peut le faire, toutes les parties impliquées. Le tribunal aurait pu requérir une expertise en lui demandant de déterminer la qualité des liens entre l'enfant et ses parents affectifs en précisant *quel serait l'effet sur les enfants s'ils devaient renoncer à leurs parents affectifs en regard de la conséquence que pourrait produire la disparition des liens avec leur mère biologique*.

334. Nous avons consulté à ce sujet le docteur Luc Morin, pédopsychiatre, professeur, Université McGill, sur les réactions habituelles à un décès éventuel d'un parent auquel un enfant est attaché.

Au fond, les propos des enfants laissent voir qu'ils sont sensibles et bien éduqués lorsqu'ils souhaitent qu'il n'arrive rien de grave à cette personne qui intervient parfois dans leur vie. Pourquoi lui en voudraient-ils? Il ressort davantage qu'il y a une absence complète de liens et qu'ils n'ont qu'une simple préoccupation légitime pour cette deuxième mère (biologique), une étrangère au plan affectif. En effet, la mort est ressentie comme une disparition à cet âge, d'où leur préoccupation normale de s'intéresser à cette personne qu'ils savent être leur mère.³³⁵ Mais de là à en déduire l'existence de liens ou la nécessité pour les enfants de les développer, c'est une autre affaire. Il ne font que s'interroger sur cette personne puisque les enfants bien éveillés à cet âge sont curieux. Bref, les enfants veulent être rassurés. *Ils ne sont pas déprimés. Normalement, plus les liens sont significatifs, plus la détresse est grande en cas de perte de ceux-ci.*³³⁶ Dans la présente affaire, les propos des enfants attestent d'une attitude bienveillante. Ils sont conscients, sans aucun doute, qu'ils font l'objet d'une dispute entre adultes et ils ne veulent déplaire à aucun d'entre eux.

Le tribunal, à notre avis, s'est trop laissé influencer par la spéculation des deux psychologues sur l'existence de liens significatifs avec une mère absente de la vie des enfants et n'a pas assez insisté sur leur profond attachement aux parents adoptifs. Ils sont les seuls à pouvoir leur fournir, d'après les experts, la «continuité». Ils le comprennent d'ailleurs tellement bien qu'ils envisagent, tout comme le juge, que les enfants devront rester dans leur famille d'accueil jusqu'à l'âge de la majorité au moins. *On sacrifie leur intégration entière à leur famille affective pour protéger la mère qui ne peut rien leur offrir.* Bref, les enfants devraient pouvoir tirer un bénéfice du maintien des liens avec leur mère³³⁷, mais nous savons qu'elle ne peut en développer.

Les enfants continueront d'être soumis à des visites irrégulières pour maintenir «l'image du passé»³³⁸ alimentant leurs angoisses ou inquiétudes. La stabilité essentielle à l'enfant ne peut être constamment remise en cause sans le

335. *Id.*

336. *Id.*

337. Voir, en ce sens, *C.C.A.S. Metro Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, p. 201.

338. Voir, *Protection de la jeunesse*, T.J., Abitibi, 615-43-000018-83 et 615-43-000019-83, 18 janvier 1985, p. 30, confirmé par la Cour d'appel à *Droit de la famille - 1078*, [1987] R.D.F. 81 (C.A.).

perturber, ce qui finit par se produire dans ce genre de dossier lorsque la mère ou d'autres personnes voudront intervenir dans son éducation ou autrement. *Il n'appartient pas aux enfants de supporter le poids de la maladie de la mère.*³³⁹ *L'abandon et l'angoisse que pourraient ressentir les enfants sont distincts de l'inconfort qui semble résulter de la présente situation* : d'un côté, une mère biologique absente qui inquiète et de l'autre des parents d'accueil qui ne peuvent s'affirmer comme de véritables parents.

La présente décision risque d'accentuer l'inconfort des enfants puisqu'ils font face à un problème de loyauté. Assure-t-elle la protection de l'intérêt de l'enfant ou celui de la mère à la simple conservation des liens biologiques puisque des liens significatifs ne peuvent être développés avec elle? Comme le souligne M. le juge Vallerand de la Cour d'appel, la stabilité ne peut venir que de parents «*irrévocablement engagés et obligés*»³⁴⁰, soit des parents présents dans la vie des enfants.

c) L'âge de l'enfant adoptable.

Le tribunal estime que l'âge des enfants serait un facteur important pour refuser de les déclarer adoptables : il serait trop tard s'ils savent qui est leur mère, d'une part, et il serait peut-être aussi trop tôt, d'autre part, s'ils ne sont pas en mesure de comprendre totalement les conséquences d'une adoption légale.³⁴¹ Il s'agit d'un raisonnement comportant des éléments qui s'opposent (trop tard ou trop tôt) et dont l'effet est de rendre non adoptables presque tous les enfants, soit parce qu'ils sont trop jeunes pour comprendre ou trop âgés lorsque leurs parents les visitent occasionnellement. Seuls les enfants en bas âge ne connaissant pas leurs parents deviendraient ainsi adoptables.

Un tel argument ne résiste pas à l'analyse. Le législateur pose comme conditions l'abandon et l'absence d'une véritable reprise en charge, ce qui

339. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000043-890, 8 août 1990.

340. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 635. Voir aussi, *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), pp. 10 et 11; *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-000017-867, 3 juillet 1987, p. 8; *Protection de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000118-873, 27 août 1991, p. 9.

341. *Droit de la famille - 1914*, [1994] R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 572.

suppose dans bien des situations que l'enfant connaîtra au moins les personnes décrites comme ses parents biologiques. Par ailleurs, de nombreux enfants âgés, ayant rencontré leurs parents ou l'un deux, ont été adoptés, par la suite, avec succès. À notre avis, *on ne doit pas sous-estimer l'expertise développée par les intervenants sociaux en matière d'adoption concernant les enfants plus âgés et leur capacité à trouver des solutions «cliniques» adaptées aux besoins de ces enfants*. On doit évaluer les risques à partir d'une *preuve suffisante* sur la personnalité des enfants, leur besoin de stabilité, etc... et ne pas se satisfaire de spéculations résultant d'abstractions non fondées sur les faits découlant des deux expertises. Il ressort de la preuve que les enfants sont heureux là où ils se trouvent : pourquoi devrait-on changer cela? *Seule l'adoption correspond à la situation constatée par les deux experts et le tribunal. La perte d'une visite annuelle ou bi-annuelle de la mère n'aura aucune ou peu d'influence sur ces enfants d'après les propos neutres qu'ils tiennent en présence de celle-ci.*

Le tribunal indique ne pas vouloir couper les enfants du lien affectif ténu qu'ils ont avec leur mère biologique. Avec tout le respect dû au tribunal, *celui-ci sacrifie des liens majeurs et indiscutables avec leurs véritables parents affectifs en les exposant aux aléas d'une famille d'accueil*³⁴² et ce, dans le seul but de conserver des liens ténus dont l'existence est contredite, à notre avis, par la preuve. Les angoisses et les inquiétudes des enfants pourraient venir aussi d'une éventuelle possibilité d'être arrachés à leur famille d'accueil plutôt que de la rupture de liens inexistantes avec leur mère.³⁴³ Même si le tribunal réfère à l'appartenance à deux milieux familiaux, il n'y en a qu'un seul, en réalité : celui des parents adoptifs³⁴⁴. Il devient ainsi difficile de comprendre que le refus de prononcer l'admissibilité à l'adoption permettra, d'après le tribunal, d'apporter aux enfants leur meilleur épanouissement possible³⁴⁵, lequel ne viendra jamais de la mère pour les motifs indiqués plus haut, mais de la famille adoptive!

342. En effet, ces enfants resteront soumis à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1; voir les articles 7, 38, et 62 qui confèrent le pouvoir au directeur de la protection de la jeunesse de changer la famille d'accueil de l'enfant pour diverses raisons.

343. Nous avons consulté à ce sujet le docteur Luc Morin, pédopsychiatre, professeur, Université McGill, sur les réactions susceptibles de se produire lorsque les enfants sentent menacé leur stabilité actuelle.

344. *Droit de la famille - 1914*, [1994] R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 572.

345. *Id.*

d) L'adoption interracial ou l'origine culturelle.

Le tribunal invoque un motif supplémentaire, celui de l'origine culturelle et de l'impact de l'adoption de ces enfants par des parents adoptifs d'une autre culture ou couleur. On ne peut accepter ce genre de raisonnement, car ainsi seuls les noirs devraient adopter des noirs, les blancs des blancs, des enfants d'une culture seraient adoptables seulement par des parents de même culture, etc... Les adoptions interraciales ne posent pas plus de difficultés d'intégration dans une société différente de celle de la culture d'origine de l'enfant adopté, que pour n'importe quel autre enfant non adopté ayant la même culture. Bien au contraire, dans bien des cas, cela pourrait favoriser une meilleure intégration. À tout événement, lorsque les enfants abandonnés sont, de surcroît, nés au Québec, comme dans la présente affaire, une telle restriction mènerait à la frontière de la discrimination.

Le tribunal, dans l'espèce, signale : «Quand on pense aux enfants... on pense aussi au facteur culturel»³⁴⁶. Que signifie ici le «facteur culturel»? On accepte, dans ce jugement, la perspective que les enfants soient entièrement éduqués par la famille d'accueil jusqu'à leur majorité et nous pouvons facilement comprendre *qu'elle communiquera aux enfants ses valeurs au gré de la vie quotidienne*. En quoi la situation de ces enfants sera-t-elle différente s'ils sont adoptés? Ils sont nés au Québec et fréquentent sans doute déjà des écoles québécoises souvent multiculturelles dans plusieurs régions. *Il semble difficile de soutenir que le facteur culturel puisse être préservé par une visite occasionnelle de la mère biologique inapte à créer des liens avec eux ou même d'une tante comme dans le présent dossier qui, jusqu'à ce jour, ne s'est jamais souciée d'eux.*

«Le facteur culturel» est un motif étranger, *dans les circonstances de cette affaire*, aux véritables besoins de l'enfant. Nous concluons rapidement, à ce sujet, en empruntant un passage de la Cour suprême sur cet aspect, à savoir que «l'héritage culturel et les difficultés pouvant résulter de l'adoption des enfants par une autre race, notamment qu'ils pourraient faire "une grave crise d'identité au cours de l'adolescence" du fait d'être élevés par une race blanche, s'estompent

346. *Id.*

avec le temps»³⁴⁷. «*Plus le lien parental avec les futurs parents adoptifs est étroit, plus le lien racial perd de l'importance*»³⁴⁸.

e) **La reprise en charge par la famille élargie.**

Le tribunal souligne, à l'instar des deux psychologues, qu'il est impensable que la mère puisse reprendre en charge seule les enfants. Au mieux pourrait-elle le faire avec l'aide de sa soeur, une psychologue, si cette dernière donne suite à son engagement de rencontrer les enfants durant la prochaine année pour les accueillir éventuellement chez elle et vivre ainsi dans la famille élargie.³⁴⁹ Discutons de la proposition de la tante et des exigences de l'article 561 C.c.Q. en regard de ce que doit nécessairement comprendre la famille élargie.

La tante des enfants, bien qu'elle n'ait eu aucun contact avec eux depuis longtemps, même si elle connaissait vraisemblablement les difficultés majeures et permanentes de sa soeur, la mère des enfants, s'oppose à leur adoption. Elle propose donc de reprendre contact progressivement avec eux durant la prochaine année *pour vérifier s'il serait souhaitable qu'ils lui soient confiés ou alors qu'ils demeurent dans leur famille d'accueil actuelle*.³⁵⁰ L'offre de la tante nous apprend trois choses évidentes : l'absence de liens avec les enfants; son intérêt soudain pour eux; et son objectif à peine caché de retarder d'un an leur admissibilité à l'adoption. Bref, l'effet de cette proposition ne saurait constituer, ni de près ni de loin, une quelconque reprise en charge même par la famille élargie telle que les tribunaux l'ont définie en analysant le sens à donner aux mots «père et mère» à l'article 561 C.c.Q.³⁵¹

L'un des experts qualifie l'offre de la tante, qui elle-même élève un enfant autistique, *de tardive et d'illusoire*³⁵². La proposition de la tante, que le tribunal semble accepter, repose sur des hypothèses peu réalistes. Pourra-t-elle, dans les circonstances, consacrer tout le temps nécessaire aux deux enfants qui se

347. *Racine c. Woods*, [1993] 2 R.C.S. 173, pp. 187 et 188.

348. *Id.*

349. *Droit de la famille - 1914*, [1994] R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 568.

350. *Id.*, p. 569.

351. Voir Chapitre II, section 2.

352. *Droit de la famille - 1914*, [1994] R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 568.

développent bien, semble-t-il, dans leur famille d'accueil, puisque la mère biologique est inapte à le faire? Jusqu'où est-on prêt à aller pour empêcher les conflits d'origine culturelle qui devraient survenir, d'après la tante, à l'adolescence ou encore pour maintenir des liens ténus avec une mère qui ne pourra jamais, d'après le tribunal, s'occuper deux? On peut mieux comprendre pourquoi nous avons qualifié plus haut certains motifs ou arguments pour refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption de «constructions intellectuelles» ou «d'abstractions» ou encore «d'hypothèses non réalistes».

Dans ce jugement où l'on refuse de déclarer adoptables les enfants dans leur intérêt, *on ne connaît, en définitive, que très peu de choses à leur sujet même si l'article 33 al. 2 C.c.Q. impose de tenir compte de plusieurs facteurs de la vie quotidienne.* Comment la tante, qui n'a jamais trouvé le temps de se soucier d'eux, peut-elle espérer répondre à leurs besoins? Son opposition apparaît artificielle, peu convaincante, surtout qu'elle envisage avec une facilité déconcertante la possibilité pour les enfants de rester dans leur famille d'accueil.³⁵³

Abordons brièvement la question de la famille élargie qui pourrait, selon le tribunal, finir par «héberger» (ce sont les termes utilisés par le juge) les enfants. La jurisprudence nous apprend qu'il n'est pas nécessaire que la reprise en charge se fasse par le parent seul, mais qu'il peut être aidé³⁵⁴. Toutefois, il ressort aussi que le parent doit être au centre de la reprise en charge, c'est-à-dire qu'il doit assumer, comme l'exige l'article 561 C.c.Q., le soin, l'entretien ou l'éducation lui-même même s'il ne peut remplir complètement seul ses devoirs. *En aucun temps, la reprise en charge ne peut avoir lieu par un parent inapte à exécuter ses devoirs au moins partiellement dans le seul but d'en confier l'entière responsabilité à une tierce personne.* En d'autres termes, la famille élargie ne peut exclure *de fait* le parent puisque l'article 561 C.c.Q. réfère expressément aux «père et mère».

353. *Id.*, p. 569.

354. Voir, *Droit de la famille* - 256, (1988) R.D.F. 397 (C.A.), p. 400; *Droit de la famille* - 231, (1985) T.J. 2044, pp. 2051 et 2052 : confirmé par la Cour d'appel à *Droit de la famille* - 231, (1988) R.J.Q. 230 (C.A.), p. 234.

Dans la présente affaire, il y a au moins une chose sur laquelle tous s'entendent, autant les experts, la mère elle-même que le tribunal, soit que celle-ci est irrémédiablement inapte à reprendre en charge les enfants afin de s'en occuper même partiellement. Il s'agit manifestement d'une reprise en charge *par personne interposée* (la tante), puisque la mère témoigne vouloir lui confier ses enfants. La famille élargie doit inclure au moins un parent capable de développer des liens avec l'enfant, ce qui n'est pas le cas ici.

En conclusion sur cette affaire, *on pense que l'intérêt des enfants, qu'on connaît peu puisqu'on ne parle pas de leurs besoins, serait mieux servi par une mère inapte à développer des liens et qui souhaite les confier à sa soeur. Cette dernière s'y est tellement peu intéressée qu'elle doit reprendre contact avec eux non pour les reprendre avec la mère, mais uniquement pour évaluer s'il est préférable de les laisser dans leur famille d'accueil actuelle.* On ne cherche, semble-t-il, qu'à retarder l'adoption pour des raisons, disons-le, uniquement culturelles, puisque même si on parle d'attachement significatif des enfants avec la mère, ils la connaissent très peu en définitive.

Dans cette décision, on indique vouloir favoriser les conditions les plus propices à leur épanouissement.³⁵⁵ *Le projet de vie qu'on offre à ces enfants constitue une véritable désolation* : on leur propose des rencontres peu fréquentes avec une mère que les circonstances de la vie ont rendue inapte à s'occuper d'eux depuis leur naissance; une tante qui ne s'est jamais préoccupée d'eux, qui leur manifeste un intérêt soudain, probablement temporaire, à la condition qu'elle accepte de donner suite à ses engagements; et, enfin, une incertitude quant à leur attachement à la famille d'accueil jusqu'à leur majorité suivie d'un vide complet après celle-ci. *Ce constat peut paraître sévère; pourtant nous le croyons juste et approprié.* L'intérêt de l'enfant doit correspondre à des éléments concrets de la vie quotidienne. En outre, on doit présumer ici que les parents adoptifs sauront s'occuper éventuellement des problèmes culturels de ces enfants si jamais il devait s'en présenter. Ils s'occupent de ceux-ci depuis trois ans et ils ont été évalués par les services de l'adoption.

355. *Droit de la famille - 1914*, (1994) R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 572.

Somme toute, la tante et la mère n'offrent pas un projet défini, articulé autour des besoins réels des enfants. *Au nom de la discrétion judiciaire, on a utilisé l'intérêt de l'enfant pour leur refuser de s'identifier à leurs véritables «parents» et de s'intégrer à leur véritable famille d'appartenance affective.*

Nous constatons, et c'est là l'intérêt de ce jugement qui a véritablement posé la question, que la discrétion judiciaire fondée sur l'intérêt de l'enfant en matière d'admissibilité à l'adoption, conduit, lorsqu'elle est détachée des deux seules conditions posées par le législateur, à des adaptations subjectives qui ne correspondent pas nécessairement aux éléments de l'article 33 al. 2 C.c.Q. qui servent à définir l'intérêt de l'enfant. Si l'article 561 C.c.Q. «laisse une marge de discrétion au juge»³⁵⁶, elle ne lui permet pas de s'éloigner des buts poursuivis par le législateur. On ne peut y substituer les vues personnelles des experts en sciences humaines ou la conception des juges qui pourraient les amener à favoriser ou non cette institution dans notre société.

Les enfants n'ont jamais eu autant besoin de parents stables et permanents et non de familles d'accueil qui malgré elles, deviennent des familles affectives aléatoires parce qu'on retarde sans cesse le moment où il faudra prendre une décision. Nombre d'enfants qu'on retrouve dans les centres d'accueil ont souvent ce profil d'enfants abandonnés, dépourvus d'affection et d'une famille où ils auraient pu se sentir désirés si on leur avait donné cette deuxième chance d'avoir des parents pendant que cela comptait vraiment pour eux.

L'adoption, qu'on le veuille ou non, met en oeuvre des conceptions et des émotions auxquelles les intervenants sociaux et judiciaires ne peuvent échapper. C'est le choc des conceptions juridiques et cliniques dans le processus conduisant à l'adoption qui peut nous éclairer sur la conduite ou les attitudes des uns et des autres qui tantôt retardent indéfiniment la prise d'une décision, tantôt favorisent une décision rapide.

Nous allons nous demander s'il est possible d'améliorer cette dynamique tout en faisant justice aux parents biologiques pour éviter que des enfants soient à la fin privés de leurs vrais parents, de leur seule vraie famille.

356. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 638.

CHAPITRE IV LE CHOC DES CONCEPTIONS JURIDIQUES ET CLINIQUES DANS LE PROCESSUS CONDUISANT À LA PRÉSENTATION D'UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION

La grande majorité des demandes en déclaration d'admissibilité à l'adoption proviennent du directeur de la protection de la jeunesse qui a déjà, sauf en de très rares exceptions, pris en charge ces enfants conformément à la *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁵⁷, et généralement à la suite d'un jugement de protection. Il ressort qu'il a habituellement déjà tenté par diverses démarches de responsabiliser les parents à l'égard de leur enfant, et qu'à un certain moment l'adoption constitue «la mesure la plus susceptible d'assurer le respect des droits de l'enfant»³⁵⁸, en lui permettant de s'intégrer à une famille affective désireuse de s'occuper de lui de façon continue.

Une telle décision implique la participation et la concertation de plusieurs intervenants afin de vérifier s'il est dans l'intérêt de l'enfant d'être adopté. Le mécanisme mis en place par le directeur de la protection de la jeunesse pour assurer la pérennité et l'efficacité de ce processus décisionnel prend généralement la forme d'un comité créé à cette fin.

Le Comité est pluridisciplinaire et n'a pas pour but d'orienter l'enfant nécessairement vers l'adoption. Il s'agit plutôt d'un forum donnant lieu à des échanges et discussions visant à s'assurer que l'intervention clinique en regard de la situation de l'enfant est toujours conciliable avec son intérêt, le respect de ses droits *et un projet de vie*³⁵⁹. La décision du Comité conduit souvent à envisager une demande en déclaration d'admissibilité en adoption, mais elle peut aussi consister à favoriser la poursuite de l'intervention en protection en suggérant, par exemple, à l'intervenant social de sensibiliser les parents en leur

357. L.R.Q., c. P-34.1.

358. Art. 72.1 (d) L.P.J.

359. L'expression «*projet de vie*» s'emploie généralement pour désigner la démarche servant à établir «*des conditions de vie sociale et familiale jugées les plus aptes à répondre aux besoins de l'enfant et à lui offrir des liens continus et un milieu d'appartenance dans une optique de permanence*»; voir Rapport du groupe de travail sur l'application des mesures de protection de la jeunesse, Annexe 3, *La protection sur mesure, un projet collectif*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 1991, p. 16.

faisant comprendre la nécessité d'envisager un projet de vie pour leur enfant et l'urgence pour eux d'agir en conséquence.

Ce forum de discussions contribue à *concilier les critères cliniques et les critères juridiques relatifs aux concepts d'abandon et de probabilité de reprise en charge*. Parfois, l'examen de certaines situations donne lieu à un véritable choc de «conceptions», notamment lorsqu'il s'agit de parents atteints de déficience intellectuelle ou de maladie mentale. De plus, l'existence d'un jugement de protection met en relief le double rôle du directeur de la protection de la jeunesse (protection-adoption), ce qui a pour effet de soumettre le processus conduisant à l'adoption à des exigences particulières dont il lui faut tenir compte.

Section 1 Les difficultés identifiées à partir des conceptions sociales prévalant dans l'évaluation de la situation de l'enfant.

Les premiers conflits de conceptions viennent d'abord des intervenants sociaux, chargés d'évaluer la situation de l'enfant. D'une part, ils retardent parfois la décision qui doit être prise pour favoriser l'intérêt des parents. À l'opposé, d'autre part, dans le but de favoriser immédiatement l'intérêt de l'enfant, ils négligent d'entreprendre des démarches structurées pour sensibiliser les parents au danger de devenir des étrangers à ses yeux s'ils n'agissent pas en regard d'une situation potentielle d'abandon.

A) Le conflit de loyauté de l'intervenant social à l'égard des parents défaillants.

L'intervenant social, de par la nature même de sa fonction, s'engage dans une relation d'aide avec autrui. Il est au centre d'une démarche visant à fournir des services aux individus connaissant des difficultés personnelles pour les amener progressivement à se prendre en main. Dans ce contexte, il se crée nécessairement des allégeances, une sorte d'«alliance clinique» entre lui et l'usager.³⁶⁰ Lorsque l'intervention sociale concerne un enfant et ses parents,

360. Voir la *Loi sur les services de santé et services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, art. 3 qui énonce les lignes directrices devant guider la prestation de services sociaux à un usager. Voir également l'article 2.4 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, qui

l'intervenant doit relever le défi particulier de concilier à la fois la préservation de l'autonomie et l'intégrité de la famille, et le besoin indiscutable de l'enfant de faire partie d'une famille stable.

L'intervenant social peut donc être appelé à vivre un conflit de loyauté en acceptant ou en tolérant une implication minimale des parents à l'égard de leur enfant. Cette absence de responsabilisation des parents tolérée peut durer de longues périodes, au mépris, souvent inconscient, du droit de l'enfant à bénéficier d'un projet de vie. Le «conflit de loyauté» peut aussi amener l'intervenant social à adopter une attitude qui le pousse à agir à la place des parents.

Dans la première hypothèse, la situation de l'enfant pourrait ne jamais être soumise à l'examen du Comité ou l'être très tardivement. Dans la seconde hypothèse, le Comité pourrait être incapable de suggérer une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption pour procurer à l'enfant une famille désireuse de s'en occuper de façon permanente.

B) L'intervention sociale fondée sur la primauté de l'intérêt de l'enfant.

L'intervention sociale centrée *a priori* uniquement sur l'enfant n'est guère meilleure, puisqu'on ne cherchera pas à inciter les parents à s'impliquer dans une démarche visant la réinsertion familiale de leur enfant ou, à tout le moins, à les responsabiliser à son égard. C'est seulement dans l'éventualité où les actions entreprises auprès des parents s'avèrent infructueuses ou irréalistes, après l'écoulement d'un délai raisonnable, que l'intervention sociale pourrait alors orienter l'enfant vers l'adoption, en vue de sauvegarder son droit à l'affection continue et à la stabilité familiale.

Section 2 Les difficultés d'arrimage de l'intervention sociale avec l'intervention judiciaire.

Les intervenants sociaux ont développé des indicateurs susceptibles de les aider à identifier un abandon les justifiant à présenter une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. Les indicateurs permettent d'intervenir auprès des parents pour les inciter à mettre fin à la situation de compromission et à conserver des liens significatifs avec leur enfant. À défaut par eux de comprendre l'importance de cet enjeu, les intervenants doivent alors concevoir un projet de vie durable pour l'enfant. *Les tribunaux doivent donc, lors de son placement en famille d'accueil, aviser clairement les parents de s'impliquer, à défaut de quoi un projet de vie pour leur enfant les exclura et pourra conduire à son adoption.* Par la suite, il sera plus facile de concevoir l'adoption comme une solution naturelle pour l'enfant abandonné et non comme une atteinte à l'autorité parentale et aux liens de sang.

A) La nécessité d'un dépistage précoce.

L'étude de la jurisprudence et l'expérience dans ce domaine nous apprennent que la situation de certains enfants aurait dû être soumise beaucoup plus tôt au Comité, n'eût été d'une intervention sociale qui omet, tarde ou résiste à constater l'abandon vécu par ces enfants.³⁶¹ À cet égard, il faut se rappeler

361. Les auteurs d'un document récent, énonçant les orientations ministérielles en matière d'adoption au Québec, font le même constat; voir *L'adoption : un projet de vie*. Cadre de référence en matière d'adoption au Québec, Gouvernement du Québec, ministère de la Santé et des Services sociaux, Direction de l'adaptation sociale, mai 1994, à la page 75 du document : «La définition d'un projet de vie pour les enfants à risque ou en situation d'abandon n'est pas encore une pratique répandue chez tous les intervenants sociaux. Certains suivis psychosociaux sont beaucoup trop longs pour qu'une décision sur l'élaboration et l'orientation d'un projet de vie puisse être prise. Le réflexe de penser "projet de vie" ne fait pas suffisamment partie de la culture ou des réflexes des intervenants sociaux et des dirigeants. Cette attitude n'est pas toujours prise en considération par les intervenants, selon la valeur qu'ils donnent au lien biologique dans la construction de l'identité. Il est fréquent de constater que la décision d'élaborer un projet de vie n'a pas été arrêtée, et encore moins celle d'orienter vers l'adoption un enfant à risque ou en situation d'abandon. Non seulement cette démarche conjointe ne se réalise-t-elle pas systématiquement mais, dans plusieurs cas, elle arrive tardivement. Trop souvent, les parents maintiennent un contact intermittent avec l'enfant, sans engagement, et refusent de prendre position quant à l'avenir de leur enfant. Les intervenants sociaux se heurtent à cette réalité, maintiennent le *statu quo*

constamment que le sens du «*temps*» n'est pas le même chez l'enfant que chez l'adulte. C'est ce que rappellent les auteurs d'un rapport sur la protection de la jeunesse, en soulignant les conséquences que comportent pour l'enfant tous les «*temps perdus*» :

«Les liens affectifs se construisent dans la durée, dans le temps de la présence des figures parentales personnalisées; ils s'atténuent et même se défont dans l'absence. Le temps de (chez) l'enfant n'est pas celui de l'adulte. Pour l'enfant, il y a le temps (vu comme un) facteur d'anxiété et le temps à considérer comme élément fondamental à (de) son développement. Il y a aussi les temps perdus dans l'inconnu de l'attente d'une décision, les temps de placements provisoires dans l'attente d'une autre décision, les temps de délais administratifs et judiciaires. Autant de temps suspendus durant lesquels l'enfant macère dans l'anxiété, en transit, comme si le temps et les lieux ne comptaient pas. Il y a également le temps du détachement lorsque l'enfant perd ses points de repère affectifs pendant une trop longue période. Pire, il y a la perte de la capacité d'attachement lorsqu'il n'y a pas d'inscription affective durable avec un adulte significatif ou lorsqu'il n'y a pas de continuité, mais une succession de moments avec une succession de personnes.»³⁶²

et n'arrivent pas à définir un projet de vie pour l'enfant, qui vieillit ainsi dans le réseau. Il s'ensuit un renouvellement des ententes volontaires ou des ordonnances du tribunal, qui maintiennent le placement de l'enfant en famille d'accueil ou en centre de réadaptation à long terme, sans projet de vie».

362. Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la Loi sur la protection de la jeunesse, *La protection de la jeunesse, Plus qu'une loi*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, Ministère de la Justice, 1992, p. 19. (les parenthèses sont de nous); ce rapport est souvent désigné sous l'appellation abrégée de «Rapport Jasmin». Voir également au sujet de l'importance du besoin d'attachement, St-Antoine, Michelle, psychologue, attachée aux Centres jeunesse de Montréal, «*Besoins des enfants en fonction de l'élaboration d'un projet de vie*», conférence prononcée le 4 mai 1995 à l'occasion de la tenue du Colloque des contentieux des Centres jeunesse du Québec, à la page 2 de son texte : «Le sujet que l'on me demande de traiter aujourd'hui est vaste, c'est-à-dire les besoins physiques, intellectuels, moraux et affectifs des enfants en fonction de l'élaboration d'un projet de vie. Tellement vaste que de tenter de définir de tels besoins à chaque période de vie de l'enfant risquait de nous éparpiller et de nous faire perdre de vue l'essentiel. Je me suis donc permise aujourd'hui de m'en tenir à ce que je considère être le besoin primordial pour qu'un individu puisse se développer en relation avec les gens qui l'entourent et dans le respect de la réalité sociale, soit le besoin d'attachement. En effet, toute la recherche des dernières décades nous montre que le développement de l'enfant n'est pas seulement lié au milieu physique, nutritionnel mais aussi de façon encore plus importante, au milieu psychologique, c'est-à-dire, aux liens d'attachement que l'enfant développe, que ces liens sont essentiels à son développement

Il en résulte que les intervenants sociaux autant que les avocats et les juges peuvent être responsables de «temps perdus» pour l'enfant. Ils doivent donc chercher à minimiser les dommages et agir en conséquence.

Des efforts ont été consacrés, particulièrement au cours des dernières années, pour dégager des critères permettant de conclure à un abandon, d'une part, et qui font consensus chez les intervenants sociaux, d'autre part. Le «guide d'intervention psychosociale auprès des enfants vivant une situation d'abandon» identifie douze indicateurs jugés probants pour dépister les situations à risque d'abandon :

- «- l'absence d'implication des parents auprès de l'enfant;
- l'absence ou la rareté des visites, des contacts;
- l'absence de plan concret pour reprendre l'enfant placé;
- la discontinuité dans la présence des parents auprès de l'enfant dès les premiers mois suivant la naissance;
- un comportement de rejet ouvert envers l'enfant dès la naissance;
- les prolongations et répétitions du placement;
- une demande de placement dès les premiers mois de la vie de l'enfant;
- la présence chez les parents de carences affectives graves subies dans leur enfance;
- la négation de la grossesse, l'absence de préparation pour recevoir l'enfant;
- un projet d'avortement non réalisé à cause des pressions de l'entourage;
- des antécédents de placements et de délaissement dans la fratrie;

intellectuel et affectif et que toute coupure dans cet attachement a des conséquences graves sur son développement (Bowlby, 1982).» (Les italiques et la parenthèse sont dans le texte.)

- la peur, le refus de l'enfant d'avoir des contacts avec ses parents.»³⁶³

On constate que, sauf les indicateurs concernant les «*prolongations et répétitions du placement*» et «*la peur, le refus de l'enfant d'avoir des contacts avec ses parents*», tous les autres ont trait à la situation et aux attitudes des parents. Pour mieux comprendre l'abandon et contribuer à son dépistage efficace, il faut aussi tenir compte de ce que l'enfant a vécu pour comprendre à partir d'indicateurs qui lui sont propres, son éloignement affectif réel à l'égard de ses parents. Au nombre des indicateurs spécifiques à la situation de l'enfant permettant de dépister une situation d'abandon, on peut retenir les suivants : les attitudes de gêne et/ou de crainte à l'égard de ses parents; les réactions négatives manifestées après un contact avec ses parents; le désir de porter le nom de famille de ses parents nourriciers (sa famille affective), de célébrer les fêtes de Noël, son anniversaire de naissance et les autres fêtes significatives avec ces derniers; ou encore la difficulté à s'enraciner au plan affectif dans son milieu de vie substitut en raison de la faible estime de soi.³⁶⁴

L'analyse antérieure de la jurisprudence concernant les critères pour évaluer l'abandon et la probabilité de reprise en charge citée dans la première partie de notre exposé, nous permet de constater que la majorité de ces indicateurs, tant ceux relatifs aux parents que ceux concernant l'enfant, ont été en quelque sorte «validés» par les tribunaux qui les ont jugés probants en matière d'admissibilité à l'adoption fondée sur l'abandon.

363. Rapport du groupe de travail sur l'application des mesures de protection de la jeunesse, Annexe 3, *La protection sur mesure, un projet collectif*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 1991, p. 18.

364. À cet égard, voir Écho journal du Conseil consultatif du personnel clinique du Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain (devenu les Centres jeunesse de Montréal en 1995), «Les enfants abandonnés, une espèce en voie de disparition», vol. 2, no 1, Hiver 1989, pp. 8 à 10. (Les parenthèses sont de nous.)

B) La nécessité d'aviser rapidement les parents défaillants des conséquences de leur inaction parentale.

L'intervenant social, qui prend la situation d'un enfant en charge et qui identifie la présence d'un ou de plusieurs indicateurs d'abandon chez les parents ou l'absence d'intérêt de l'enfant pour ces derniers, doit faire comprendre aux parents la situation sans délai. Il doit leur rappeler que leur enfant a des besoins et qu'ils doivent se comporter en conséquence.

L'obligation de faire prendre conscience de la situation aux parents correspond au devoir de transparence qui doit animer le directeur de la protection de la jeunesse. De plus, elle élimine le risque potentiel pour l'intervenant social de vivre un conflit de loyauté à l'égard des parents auxquels il doit également venir en aide.

Enfin, l'avertissement donné aux parents par le directeur de la protection de la jeunesse aura un impact important lors de la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. En effet, le tribunal, qui constate que l'inaction et le désintéressement des parents se sont poursuivis, après les avoir confrontés avec la situation vécue par l'enfant, doit en tirer les conséquences qui s'imposent tant à l'égard de l'existence de l'abandon que de la probabilité d'une reprise en charge.

C) Les mesures de protection requises pour réaliser un projet de vie pour l'enfant.

Nous avons déjà indiqué pourquoi le tribunal devait tenir compte de l'existence d'un jugement en protection de la jeunesse pour évaluer l'abandon en considérant la conduite des parents qui devaient mettre fin aux motifs de protection en participant activement au plan d'intervention sociale.³⁶⁵

Il est nécessaire que les intervenants sociaux soient réalistes avec les parents défaillants ou ceux en voie de le devenir, en demandant au tribunal des mesures

365. *Supra*, Chapitre II, section 1 B) 2) a).

concrètes qui les placent face à leurs responsabilités³⁶⁶. Ils devront alors agir tant au niveau de la relation affective à maintenir avec leur enfant qu'à celui des changements personnels à effectuer pour restaurer leurs capacités parentales. Un plan d'intervention écrit, reflétant ces objectifs, doit être préparé à cette fin et remis aux parents.³⁶⁷

Tout aussi importante est la nécessité de ne pas requérir du tribunal, autant que faire se peut, une mesure de placement de longue durée, et *a fortiori* lorsqu'elle concerne un enfant en bas âge; dans l'intérêt de l'enfant, il faut inciter les parents à réagir rapidement à son égard. Le placement de longue durée pourrait avoir l'effet de démobiliser les parents ou de les «*déresponsabiliser*» sans que pour autant cela entraîne une prise de conscience de leur part. Enfin, les mesures de protection de courte durée obligent l'intervenant social à être plus actif dans le dossier de l'enfant.

En dernier lieu, il y a lieu de faire état d'un épineux problème susceptible de survenir lorsque l'intervenant social demande un avis au Comité à la suite d'un nouveau jugement de protection à l'égard de l'enfant. Prenons l'exemple suivant : l'enfant, placé en famille d'accueil depuis plusieurs années, a été clairement abandonné au cours de la dernière année. Le lien affectif avec ses parents est ténu. Toutefois, à chaque année, les parents se ressaisissent à l'approche de la révision judiciaire de l'ordonnance de protection. Le jugement en révision de protection les invite de nouveau à saisir l'occasion d'assumer leur rôle de parents auprès de leur enfant avant qu'il ne soit trop tard et prévoit en conséquence diverses mesures incitatives en ce sens.

Dans une telle hypothèse, le Comité n'a alors d'autre choix que de demander à l'intervenant social d'être vigilant et de représenter le dossier de l'enfant au Comité dès que la défaillance parentale se manifestera de nouveau. Il ressort que le mauvais arrimage entre «ces nouvelles chances répétitives» et la situation d'abandon vécue par l'enfant est à l'origine de «temps perdus» pour l'enfant.

366. Voir, notamment à ce sujet les articles 54 (a), (b) et 91 (1) (a) et (b) de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

367. Voir l'article 5 paragr. 2 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1 et l'article 102 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant diverses dispositions législatives*, L.R.Q., c. S-4.2.

D) L'impact d'un jugement de protection sur le processus judiciaire conduisant au jugement d'admissibilité à l'adoption.

L'expérience nous apprend qu'il s'écoule souvent quelques mois entre la décision de présenter une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption et la signification de celle-ci aux parents. De plus, dans l'hypothèse d'une contestation par les parents, il peut s'écouler en moyenne une période de huit mois entre la signification et le jugement en première instance. Enfin, il s'écoule entre douze et dix-huit mois avant d'être entendu, le cas échéant, par la Cour d'appel.³⁶⁸

Il est assez fréquent de voir des parents défaillants se manifester auprès de leur enfant après avoir reçu la signification d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. Nous avons indiqué antérieurement que les tribunaux considèrent ces manifestations parentales tardives que pour évaluer la probabilité de reprise en charge par ces derniers³⁶⁹.

Il n'est pas rare non plus, en raison de la longueur des délais et l'approche préconisée de raccourcir la durée des placements de l'enfant résultant des jugements de protection, que le directeur de la protection de la jeunesse soit contraint pendant l'instance en admissibilité à l'adoption, de requérir la prolongation du jugement de protection venu à expiration. Cette demande peut aussi être contestée par les parents.

Dans une affaire³⁷⁰ dans laquelle le tribunal, après avoir statué que le directeur de la protection de la jeunesse avait le pouvoir de présenter une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption alors qu'il était chargé d'exécuter un jugement de protection à l'égard du même enfant, constate qu'il s'agit d'une situation contradictoire en apparence et propose la suggestion suivante pour y remédier :

368. Voir l'article 26 paragr. 6 du Code de procédure civile qui prévoit l'appel de plein droit, à l'égard des jugements ou ordonnances rendus en matière d'adoption.

369. *Supra*, Chapitre I, section 1 B) 2) d) et Chapitre II, section 2 A) 4).

370. *Droit de la famille - 1816*, [1993] R.D.F. 299 (C. de la J.).

«Il est évident qu'en pratique il peut être difficile de favoriser la réinsertion familiale d'un enfant chez ses parents quand, en même temps, on demande de dissoudre ce même lien familial. C'est pourquoi le Tribunal croit et en profite pour suggérer au directeur de la protection de la jeunesse de faire une demande de révision (art. 95) aussitôt que la décision sur une nouvelle orientation est prise. Toutes les parties seraient mises au courant et des ajustements de conditions pourraient être faits, s'il y a lieu, pour la durée du processus d'adoption.»³⁷¹

Il s'agit certes d'une avenue à explorer³⁷². Toutefois, le tribunal dans une autre affaire³⁷³ emprunte une voie fort différente pour régler cette difficulté. S'appuyant sur une décision récente de la Cour d'appel³⁷⁴, il affirme que :

«... le tribunal saisi d'une demande pouvant déboucher sur l'admissibilité d'un enfant à l'adoption peut, pour les fins propres de la procédure et dans le meilleur intérêt de l'enfant tel que compris par notre Cour d'appel en de telles circonstances se prononcer sur une question ancillaire comme le droit d'accès du parent naturel, nonobstant l'ordonnance rendue sur ce droit en vertu de la Loi sur la protection de la jeunesse.»³⁷⁵

L'avenir nous dira laquelle de ces deux voies prédominera. Toutefois, la suspension des droits de visite nous paraît être la solution à privilégier. D'autant que si l'on demande de déclarer l'enfant adoptable pour cause d'abandon, c'est que souvent les parents n'exercent plus ou peu leurs droits de visite. Il serait par contre possible d'éviter fréquemment ce dilemme juridique en raccourcissant singulièrement les délais, pour permettre au tribunal de tenir *l'enquête et l'audition* dans un délai très court et de bénéficier d'un cadre adéquat pour les compléter rapidement. Il y aurait lieu aussi d'introduire une disposition

371. *Id.*, p. 307.

372. Voir également *Protection de la jeunesse* - 532, C.Q., Saint-François, 450-41-000013-88, 25 novembre 1991; dans cette affaire, le tribunal accueille une requête en révision d'ordonnance visant à annuler les droits d'accès d'un parent à son enfant, reconnus par un jugement de protection, alors qu'il avait été déclaré judiciairement admissible à l'adoption et que ce jugement était porté en appel.

373. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-000038-942, 2 décembre 1994.

374. *Droit de la famille* - 1873, [1994] R.J.Q. 1787 (C.A.).

375. *Chambre de la jeunesse*, C.A., Montréal, 500-43-000038-942, 2 décembre 1994, p. 12.

législative afin que l'appel d'un jugement déclarant un enfant admissible à l'adoption soit entendu et jugé d'urgence.

E) Le devoir du directeur de la protection de la jeunesse de dévoiler les éléments favorables ou défavorables à la demande d'admissibilité à l'adoption.

Le directeur de la protection de la jeunesse, qui est chargé d'exécuter tout jugement de protection à l'égard d'un enfant³⁷⁶, agit alors «*en contexte d'autorité*» et, à ce titre, il peut avoir une influence déterminante sur l'évolution de la relation entre les parents et l'enfant. La jurisprudence étudiée plus haut fait ressortir, d'une part, que les parents doivent tenter de mettre fin aux «causes» ayant justifié la mise sous protection de leur enfant en participant au plan d'intervention sociale et, d'autre part, que les agissements du directeur de la protection de la jeunesse, dans l'exécution d'un jugement de protection, peuvent créer à l'occasion une situation faisant obstacle à l'exercice de l'autorité parentale, ce qui peut entraîner parfois le rejet de la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. Ce danger potentiel impose au directeur de la protection de la jeunesse de faire preuve d'une grande transparence, non seulement au niveau des interventions sociales, mais également à l'égard des éléments de la preuve qu'il soumet au tribunal à l'appui d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. À titre d'exemple, les éléments de preuve qui paraissent favorables aux parents qui contestent la demande, doivent être portés à la connaissance du tribunal par le directeur de la protection de la jeunesse s'il les connaît.

376. Art. 92, *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

F) La mise en garde de la Cour d'appel³⁷⁷ de ne pas considérer l'adoption comme une panacée universelle cadre-t-elle avec la réalité de l'enfant abandonné?

Les données statistiques³⁷⁸ des dernières années des trois Centres de protection de l'enfance et de la jeunesse³⁷⁹, lesquels desservent ensemble près de la moitié de la population totale du Québec, révèlent que pour la région sociosanitaire de *Québec* on présente environ vingt demandes en déclaration d'admissibilité à l'adoption par année, dont les trois-quarts procèdent par défaut; pour celle de *Montréal*, on recense approximativement vingt-cinq demandes en déclaration d'admissibilité à l'adoption par année, dont les deux tiers procèdent par défaut; et, enfin, pour celle de la *Montérégie*, on y relève en moyenne dix-huit demandes en déclaration d'admissibilité à l'adoption par année, dont les deux tiers environ procèdent par défaut. À ce tableau de statistiques brossé sommairement, ajoutons que l'enfant déclaré admissible à l'adoption présente fréquemment le profil suivant : il est âgé en moyenne de sept à huit ans; il a été l'objet d'ordonnances pendant plusieurs années; et il a pris racine dans un milieu substitut qui est devenu au fil des ans sa véritable famille.

Le moins que l'on puisse dire c'est que l'on est très loin de la «*panacée universelle*» évoquée par la Cour d'appel. L'objectif poursuivi par les divers intervenants vise le bien-être de l'enfant. Aussi, dans cette perspective, on peut dire qu'en matière d'adoption au Québec, «*ce n'est pas l'adoption à tout prix, mais l'adoption lorsqu'elle apparaît nécessaire pour répondre aux besoins de l'enfant*»³⁸⁰.

À la suite de la reconnaissance législative de la «*notion de temps chez l'enfant*»³⁸¹, des jugements rendus par la Cour d'appel au cours des dernières

377. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617, p. 637.

378. Le ministère de la Santé et des Services sociaux ne compilant pas ce type de statistiques dans ses données opérationnelles (D.G.F. 2), nos chiffres proviennent de consultations ad hoc auprès des contentieux des établissements concernés.

379. L'article 82 de la *Loi sur les services de santé et services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, définit la mission de ce type de centres qui doivent s'occuper de la protection et de l'adoption des enfants selon les circonstances.

380. Voir, *supra*, note 361, p. 75.

381. Article 2.4, paragr. 5, *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

années³⁸² et de la reconnaissance par la Cour suprême de la primauté³⁸³ à accorder à l'attachement psychologique de l'enfant à ses parents substituts, on devrait notamment voir le droit de ce dernier à un *projet de vie* reconnu beaucoup plus rapidement et ce, tant par les intervenants sociaux que judiciaires.

CONCLUSION

L'adoption d'un enfant québécois fondée sur l'abandon «de fait» a donné lieu à de nombreuses contradictions qui paraissent s'atténuer, même si les débats risquent de reprendre en tout temps en raison des raisonnements inconsistants sur la portée donnée à l'intérêt de l'enfant dans ce domaine. On doit, bien entendu, privilégier d'abord le maintien des liens de l'enfant avec ses parents biologiques. Mais lorsque cela s'avère irréaliste, en raison de l'inaptitude ou du comportement des parents, l'adoption, qui est un moyen indiscutablement supérieur à bien d'autres, reste tellement difficile à obtenir qu'on risque de voir moins de parents adoptifs potentiels chercher à adopter des enfants québécois plus âgés. Quant aux enfants en bas âge, on tergiverse tellement que de nombreux parents adoptifs choisissent de se tourner vers l'adoption internationale³⁸⁴, malgré les coûts financiers et parfois les problèmes propres à ce type d'adoption³⁸⁵.

Nous avons indiqué plus haut qu'il y a eu annuellement, au cours des dernières années, environ soixante-cinq demandes en déclaration d'admissibilité en adoption pour les trois régions administratives des centres de protection de l'enfance et de la jeunesse couvrant plus de la moitié de la population du Québec. Y a-t-il moins d'enfants abandonnés ou fait-on semblant de ne pas les voir puisque «*le système s'en occupe*»? De surcroît, certains intervenants

382. Voir principalement les arrêts *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.) et *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.).

383. *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, p. 202; cet arrêt de la Cour suprême fut notamment appliqué dans une affaire concernant une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, voir : *Droit de la famille - 2020*, [1994] R.D.F. 585 (C. de la J.), p. 587.

384. Les adoptants recherchent, en premier lieu, l'adoption d'un enfant en bas âge.

385. On peut penser aux problèmes de santé ou aux problèmes juridiques en raison de la complexité de certains dossiers et des exigences du législateur et des tribunaux québécois pour valider le processus de l'adoption.

sociaux, tout comme certains juges, ont posé depuis le début des années 80 tellement de freins qu'il est devenu hasardeux de se risquer à demander l'adoption d'un enfant plus âgé.

Les intervenants sociaux sont confrontés à une clientèle ayant besoin d'aide et il est difficile de la leur apporter en leur enlevant leur enfant. Les tribunaux éprouvent aussi de la difficulté, sauf pour certains juges, à accepter que les parents adoptifs puissent être considérés comme de véritables parents de l'enfant; les liens de sang restent, même s'ils ne le disent pas, très importants. Ou encore, on se sert inconsciemment de l'enfant pour revaloriser le parent biologique ou encore pour éviter d'aggraver sa maladie ou sa détresse. Toutefois, le législateur, désireux de protéger l'enfant, opte pour une famille stable et permanente et non pour la famille d'accueil dont le rôle devrait être temporaire auprès de l'enfant. Malheureusement, la réalité est souvent toute autre. On laisse s'éterniser la situation de l'enfant, manifestement abandonné, au motif qu'on croit déceler une forme ténue d'intérêt pour lui et qu'on espère qu'un jour les parents pourront le reprendre en charge. *La famille d'accueil devient alors une famille affective qui laisse à la fois l'enfant et les parents d'accueil dans un état précaire qui ne peut que générer des inquiétudes, soit d'être de nouveau abandonné pour l'enfant, soit de se voir enlever l'enfant pour la famille d'accueil.*

L'adoption vise à procurer à un enfant des parents affectifs permanents avec lesquels il pourra créer des liens qui ne risquent pas d'être remis en cause à tout moment. En effet, la loi considère l'adoption, lorsque les parents d'origine de l'enfant ne peuvent pas ou refusent de faire de véritables efforts pour le reprendre en charge, comme un moyen privilégié de l'intégrer dans une famille capable de s'occuper de lui *quotidiennement en mettant fin à l'incertitude affective et à l'instabilité qui auraient pu marquer son enfance et son adolescence.*

Le respect des droits de l'enfant³⁸⁶, dans une société où l'instabilité familiale et la négligence parentale au sens large sont trop fréquents, repose, en premier lieu, sur celui d'avoir *une seconde chance de pouvoir bénéficier de parents et*

386. Art. 32 paragr. (h) et 72.1, *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., P-34.1.

d'un milieu familial où il se sent désiré. Il pourra ainsi échapper à des visites irrégulières et souvent peu significatives de parents qui font encore semblant de s'intéresser à leur enfant alors qu'ils ne veulent pas modifier la situation ayant entraîné son placement, ou qu'ils en sont incapables pour cause de maladie mentale ou autres. Il en résulte que le placement de leur enfant, qu'on voulait temporaire, n'en finit plus de se prolonger. Les tribunaux l'ont souvent affirmé : la famille d'accueil ne devrait jamais servir de famille permanente, sauf si l'adoption ne peut constituer pour l'enfant une solution adéquate pour répondre à ses besoins essentiels. *Lorsque l'enfant comprend, plus tard, le sens de l'expression «famille d'accueil», il ne cesse de se demander s'il s'y trouve de passage, s'il est aimé, désiré et considéré comme les autres enfants de la famille.*³⁸⁷ En effet, les parents d'accueil ne pourront jamais le rassurer complètement en lui faisant comprendre qu'il est *définitivement* leur enfant comme les parents adoptifs peuvent le faire pour l'enfant adopté qui se poserait les mêmes questions.

Il est difficile, et disons-le avec respect pour l'opinion contraire, de comprendre pourquoi certains travailleurs sociaux et juges se servent de l'enfant pour valoriser et aider les parents, ou de «constructions juridiques» pour en arriver à considérer l'adoption comme une solution de dernier recours, voire même exceptionnelle. Le législateur l'envisage pourtant comme une avenue naturelle pour l'enfant abandonné.³⁸⁸

Les débats entourant l'adoption indiquent que les liens de sang donnent des droits quasi-absolus, *en dépit des affirmations contraires même si on utilise des termes différents pour l'exprimer*, alors qu'on a souvent l'impression que les parents même devenus «adoptifs», qui ont consacré une bonne partie de leur vie

387. Le besoin d'identification est parfois si important pour l'enfant en famille d'accueil qu'il demande à se faire désigner à l'école sous le nom de ses parents d'accueil.

388. Depuis 1969, le législateur n'a cessé de faciliter l'adoption d'un enfant tout en édictant des règles justes pour les parents avant de les exclure de la vie de ce dernier. Il accorde à l'adoption, en incorporant au Code civil les dispositions particulières qu'on retrouvait jusqu'en 1980 dans les «Statuts du Québec», autant d'importance qu'à la filiation par le sang. Il permet même à l'enfant abandonné de changer de nom pendant le placement et avant son adoption (art. 569 C.c.Q.) ou de changer de nom sans adoption en vertu de l'article 65 C.c.Q. Le nom recherché pourrait être celui de la famille d'accueil permanente, ce qui lui permettrait de s'identifier de façon formelle à celle-ci.

à l'éducation de l'enfant, restent au fond des parents au statut précaire. On finit toujours par justifier ou excuser l'abandon maintenant ou plus tard.³⁸⁹

L'abandon «*de fait*» a soulevé de nombreux problèmes et entraîné des revirements jurisprudentiels spectaculaires. Le législateur a édicté deux conditions préalables, soit l'abandon résultant du défaut de «*ne pas assumer de fait*» ses devoirs parentaux et «*l'absence d'une preuve prépondérante de probabilité de reprise en charge de l'enfant*».³⁹⁰ Ces conditions ont donné naissance à diverses interprétations dont plusieurs visaient à transformer, dans les faits, toute demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption en une véritable course à obstacles, sans doute parce qu'il répugne d'accepter que des parents, sauf pour ceux atteints de maladie mentale ou autres maladies les rendant inaptes, puissent abandonner leurs enfants.

D'abord, ce fut l'abandon «*de fait*» auquel on ajouta la condition de l'abandon «*intentionnel*» qui a donné lieu à l'analyse subjective du comportement des parents. Toutes sortes d'excuses se sont greffées à cette théorie, si bien que de nombreux parents étaient considérés comme justifiés de ne pas avoir assumé «*de fait*» leurs devoirs. Ainsi, de la maladie mentale au handicap grave, on finit par accepter les circonstances malheureuses de la vie. Puis, alors que le débat faisait rage, la Cour d'appel, réunissant un banc de cinq juges, y a mis fin en déterminant ce qu'il faut entendre par «*ne pas assumer de fait*» ses devoirs parentaux. *Seule l'analyse objective du comportement des parents correspond à la volonté exprimée par le législateur de ne pas laisser indéfiniment l'enfant dans un état d'attente.*

La probabilité de reprise en charge de l'enfant n'a pas donné lieu à des débats aussi contradictoires que ceux sur le sens à donner à la condition de «*ne pas assumer de fait*» ses devoirs parentaux. Néanmoins, une jurisprudence minoritaire a accepté de ne tenir compte que de la situation des parents ou de

389. Le nouvel article 583 C.c.Q. permettant, du moins pour l'enfant, des retrouvailles à tout âge, constitue l'expression de la manière dont on considère les parents adoptifs.

390. Cette preuve incombe aux parents en raison de la présomption d'improbabilité de reprise en charge résultant de la preuve préalable de l'abandon. Il aurait été illogique d'imposer cette preuve au demandeur puisqu'il appartient aux parents d'établir qu'ils sont maintenant en mesure de s'occuper de leur enfant. Ne sont-ils pas les «abandonnants»?

promesses de reprise en charge indépendamment des besoins de l'enfant. Finalement, la Cour d'appel a déclaré que *les parents doivent avoir modifié suffisamment leur situation pour améliorer leurs capacités parentales en vue d'une reprise en charge vraisemblable*.

L'appréciation de l'abandon de fait et la probabilité de reprise en charge ont aussi soulevé le problème de prendre en considération l'intérêt et les besoins de l'enfant pour évaluer ces deux conditions. Après des hésitations, il ressort que les besoins de l'enfant, compte tenu de son âge, doivent servir à déterminer si les parents d'origine ont rempli de fait leurs devoirs suffisamment, et s'ils sont en mesure maintenant, s'il y a eu abandon, de répondre à ses attentes à la lumière de son évolution dans sa famille d'accueil. Bref, les deux conditions préalables à l'admissibilité à l'adoption ne sont pas des normes abstraites indépendantes de la situation vécue par l'enfant.

On aurait pu croire que la Cour d'appel, qui dans l'arrêt *Droit de la famille - 1544*³⁹¹ apportait des précisions, avait ramené le calme juridique dans ce domaine. Mais voilà qu'elle relance le débat avec la théorie de «*l'impossibilité*» d'exécuter ses devoirs parentaux lorsqu'il s'agit d'un déficient intellectuel. De plus, elle ouvre la porte à une troisième condition susceptible de s'ajouter aux deux autres déjà prévues par la loi. En effet, il ne suffirait plus de constater l'abandon «de fait» et «l'incapacité du parent de reprendre en charge l'enfant», on voudrait aussi décider à ce stade du processus, en usant de la discrétion judiciaire, *s'il est dans son intérêt d'être adopté et non seulement d'être déclaré admissible à l'adoption comme le requiert la loi*.

Nous avons souligné que l'intérêt de l'enfant, maintenant élevé au rang d'une règle de droit positif, est défini concrètement à l'alinéa 2 de l'article 33 C.c.Q. Ainsi, la discrétion judiciaire est encadrée par les «*besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant*»³⁹² et doit servir à évaluer si les parents sont en mesure de satisfaire à l'ensemble de ses besoins. S'ils ne le sont pas, le tribunal doit enclencher le processus susceptible de fournir à l'enfant des parents adoptifs disposés à s'en occuper avec affection, non comme des parents d'accueil que les

391. (1992) R.J.Q. 617 (C.A.).

392. Art. 33 al. 2 C.c.Q. (Les italiques sont de nous.)

tribunaux qualifient de «bienveillants», mais simplement comme des parents. Dans l'hypothèse où les tribunaux estimerait qu'ils doivent exercer leur discrétion judiciaire pour déterminer s'il est dans son intérêt d'être déclaré admissible à l'adoption et ce, après avoir déjà constaté l'abandon «de fait» et «l'incapacité des parents de reprendre en charge l'enfant», *il semble ressortir des dispositions 559 et 561 C.c.Q. que le législateur présume qu'il serait dans son intérêt qu'il le soit. Ce ne serait qu'en cas d'une preuve manifeste en sens contraire que les tribunaux pourraient refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption.* Il ne reviendrait donc pas au demandeur d'établir qu'il serait dans l'intérêt de l'enfant qu'il le soit. En effet, le législateur crée une présomption d'improbabilité à l'article 561 C.c.Q. et, par la suite, une autre présomption que l'enfant s'est bien adapté à sa famille adoptive, *à moins d'un rapport contraire*, telle que prévue à l'article 573 C.c.Q.

En résumé, la discrétion judiciaire fondée sur l'intérêt de l'enfant comme une règle autonome, indépendante des deux conditions fixées par la loi, ne peut être exercée en laissant libre cours aux conceptions ou perceptions personnelles des avocats et des juges au motif que le critère de l'intérêt de l'enfant serait vague et large. De plus, il reste discutable de se prononcer à ce stade sur son adoption éventuelle alors que la loi prévoit expressément d'autres étapes à cette fin.

Nous pouvons nous demander si le recours à l'adoption internationale³⁹³ n'est pas favorisé en partie par le fait que les enfants québécois qui seraient adoptables ne le deviennent que très tardivement pour les motifs signalés dans notre exposé. On doit, nous le répétons, apporter toute l'aide nécessaire aux parents biologiques et les aider à modifier leur situation. *Mais après un délai assez bref, lorsqu'on constate qu'ils n'ont entrepris aucune action réelle pour améliorer leurs capacités parentales, on devrait opter pour l'adoption non pour régler tous les problèmes, mais pour donner au moins la possibilité à l'enfant d'avoir une vraie famille désireuse de s'en occuper à tous les plans. On s'émeut parce que l'enfant adopté pourrait rencontrer des difficultés mais, il vivra sans doute les mêmes problèmes que les autres enfants de son âge. On voudrait et, pire encore, on semble exiger que toutes les difficultés disparaissent. Pourtant*

393. Adopte-Info, Bulletin d'information du secrétariat à l'adoption internationale, Montréal, décembre 1995, vol. 3, no 5, 1 : on prévoit 1 000 adoptions internationales pour l'année 1995.

l'enfant, dans une société où la famille est de plus en plus désorganisée, ne demande que de vivre dans une famille où l'on y trouve un cadre normal, avec ses problèmes habituels mais aussi ses nombreux avantages, et avec des parents présents qui ont des qualités et des défauts comme tous les parents.

Nous ne pouvons passer sous silence la possibilité pour l'enfant de rechercher ses parents biologiques conformément à l'article 583 C.c.Q. Avant l'âge de quatorze ans, les parents adoptifs doivent consentir. On peut imaginer quel sort leur réservera l'enfant s'ils venaient à refuser leur consentement même pour des motifs valables. Ils supporteront l'odieux de cette décision. S'il a quatorze ans ou plus, il peut agir seul. Les commentaires sur le Code civil comparent cette faculté donnée au mineur d'agir seul à la possibilité pour ce dernier de consentir seul aux soins.³⁹⁴ Il s'agit d'une comparaison absurde, sans aucun rapport avec l'objectif poursuivi par le législateur en matière de soins et d'adoption. *Cette disposition, d'application générale, aurait dû être considérée comme une règle d'exception.* Elle ne manquera pas de soulever des difficultés de toutes sortes. On aurait dû protéger la stabilité de l'enfant, sauf si des cas spéciaux exigeaient, sur autorisation judiciaire au préalable, que l'enfant rencontre ses parents biologiques avant l'âge de dix-huit ans. *Il sera intéressant d'évaluer l'impact d'une telle règle sur les parents adoptifs et sur l'enfant, notamment lorsque le parent d'origine refusera de rencontrer son enfant³⁹⁵ ou lorsque ce dernier voudra le visiter régulièrement³⁹⁶.* Bref, cette disposition, si elle venait à poser autant de difficultés que nous le prévoyons, pourrait devenir un incitatif supplémentaire pour privilégier l'adoption internationale au détriment des enfants québécois adoptables.

Quant à l'adoption «à la carte», c'est-à-dire ouverte avec toutes sortes de modalités, elle ne nous paraît pas être faite principalement dans l'intérêt de l'enfant, mais plutôt dans celui des parents, soit pour les «déculpabiliser», soit pour les inciter à consentir à l'adoption ou encore pour divers motifs rattachés,

394. Commentaires du ministre de la Justice, sous l'article 583 C.c.Q., Les publications du Québec, 1993.

395. L'enfant ressentira ce refus comme un deuxième rejet.

396. La rencontre de l'enfant avec ses parents biologiques pourrait donner lieu à des interventions «de fait» par ces derniers dans l'éducation de l'enfant. On peut s'interroger s'ils ne pourraient pas également réclamer des droits de visite en se fondant sur l'article 33 C.c.Q.

notamment à leur personne, à leur orientation religieuse ou sociale comme si cela pouvait avoir une importance pour l'enfant. Le fait que plusieurs parents d'origine connaissent la famille d'accueil désireuse d'adopter l'enfant peut aussi inciter à conclure de telles ententes dont la légalité reste discutable. Que de raisons les adultes ne peuvent-ils pas trouver pour créer l'illusion qu'ils se sont occupés de leur enfant *sans l'avoir jamais fait et sans être réellement intéressés à le faire ou encore parce qu'ils sont inaptes à le faire*. Une fois l'enfant abandonné, sauf pour *l'adoption sur consentement spécial*³⁹⁷, il appartient aux intervenants sociaux, à partir des critères reconnus et validés par l'expérience, de confier l'enfant à des parents adoptifs correspondant à ces critères et capables de répondre à ses besoins et non au désir des parents biologiques ayant abandonné leur enfant.

Les conditions posées par la loi aux articles 559 paragr. 2 et 561 C.c.Q. ont été édictées *pour protéger l'enfant et lui permettre de se trouver une nouvelle famille affective* et non pour permettre aux parents de maintenir des droits quasi-absolus sur lui, et cela même lorsqu'ils l'ont abandonné «de fait» pour des raisons indépendantes de leur volonté. Mais les tribunaux, comme les intervenants sociaux pour des motifs différents, ont dénaturé l'admissibilité à l'adoption pour abandon «de fait», empêchant ainsi des adoptions qui manifestement auraient pu être demandées par les travailleurs sociaux et accordées par les tribunaux. Notre exposé montre, à partir de la jurisprudence, qu'on s'est souvent préoccupé bien plus des parents et des circonstances malheureuses de la vie qui les ont amenés à abandonner leur enfant que de la situation grave vécue par ce dernier, *en oubliant que cet enfant deviendra un jour un adulte qui se retrouvera sans famille : ses parents d'origine seront toujours inaptes ou non intéressés et il aura quitté sa famille d'accueil avec laquelle on ne l'aura pas autorisé légalement à créer des liens définitifs*.

L'attitude qui consiste à se satisfaire de «l'abandon institutionnalisé» au motif que la famille d'accueil s'occupera à long terme de l'enfant *pénalise ce dernier qui sera le bienvenu partout, mais nulle part chez lui*. Un meilleur encadrement de la prise en charge de la situation de l'enfant avec une aide appropriée pour les parents «abandonnants», mais pour une durée limitée,

397. Art. 555 C.c.Q.

devrait conduire à l'attribution d'une véritable famille à l'enfant à l'âge où *cela compte vraiment pour lui*. En effet, trancher dans le vif des émotions humaines reste difficile, même lorsque ses parents ne peuvent ou ne veulent pas, en dépit des intentions et des promesses, modifier leur situation pour mettre fin au placement et reprendre la garde de leur enfant. L'analyse de la jurisprudence nous laisse perplexes quant à la facilité pour trouver des motifs pour refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption, *en dépit d'une situation d'abandon manifeste et d'une incapacité réelle de le reprendre en charge*.

En terminant, les conditions d'admissibilité à l'adoption fondée sur l'abandon ont été édictées par le législateur *pour vérifier d'abord s'il y avait inexécution «de fait» des devoirs parentaux et, ensuite, déterminer si les parents ont présenté un projet vraisemblable de reprise en charge de l'enfant dans l'immédiat*. Comme l'intérêt de l'enfant, défini par ses besoins à l'article 33 al. 2 C.c.Q., doit servir à évaluer l'abandon et la reprise en charge de l'enfant en fonction de ses besoins personnalisés, les tribunaux doivent, à notre avis, prononcer l'admissibilité à l'adoption lorsque les deux conditions sont remplies. Elles existent pour venir au secours de l'enfant et non pour conserver les droits des parents indifférents dans les faits ou inaptes à s'occuper de lui. *Invoquer l'intérêt de l'enfant pour maintenir des liens plus apparents que réels ou impossibles à créer ne correspond pas au respect des droits de l'enfant*.

La nouvelle tendance à rediscuter une troisième fois de l'intérêt de l'enfant avant de prononcer l'admissibilité à l'adoption, lorsque les deux seules conditions posées par la loi sont rencontrées, nous paraît déborder de la compétence des tribunaux dans le cadre des articles 559 et 561 C.c.Q. puisqu'on veut, à ce stade, se prononcer implicitement sur son adoption éventuelle. Le législateur prévoit deux autres étapes où l'intérêt de l'enfant sera réévalué, soit celle du placement pendant une certaine période et celle de l'adoption elle-même. *Lorsqu'on arrête le processus au niveau de l'admissibilité à l'adoption alors que les deux conditions sont satisfaites, on se substitue à la compétence d'un autre juge qui doit décider de la poursuite du processus en le plaçant légalement dans sa famille adoptive*.

La déclaration d'admissibilité à l'adoption de l'enfant abandonné et dont les parents sont incapables de le reprendre en charge permet de *clarifier son statut afin de confier l'exercice de l'autorité parentale au directeur de la protection de*

la jeunesse d'abord, lui qui pourra par la suite désigner une personne désireuse de s'occuper de l'enfant, à moins que le tribunal ne décide immédiatement d'en confier l'exercice à une autre personne proche de l'enfant et ce, en vertu des articles 186, 199 al. 2 et 562 C.c.Q.,. Cette façon de procéder ne rompt pas encore les liens de sang et permet, en tout temps, la poursuite du processus de l'adoption par le placement de l'enfant si les circonstances changent au lieu d'avoir à refaire tout le débat sur son admissibilité à l'adoption.

Il ressort, à la lecture des dispositions sur l'adoption et ses effets, que le législateur ne la considère pas comme une mesure exceptionnelle. Aucune disposition ne permet de conclure en ce sens, hormis qu'on y trouve des règles de prudence avant de substituer une filiation à une autre comme on le fait également pour les recours en constatation ou en réclamation de paternité ou maternité.

Le législateur désire fournir des parents à l'enfant, non seulement pendant sa minorité, mais aussi par la suite. La vie affective de l'enfant avec ses parents ne s'arrête pas à dix-huit ans.³⁹⁸ C'est pourtant ce qui risque de lui arriver lorsqu'on refuse de prononcer l'admissibilité à l'adoption en le plaçant plutôt à long terme ou en renouvelant régulièrement son placement dans une famille d'accueil où il ne se sentira probablement jamais, au fond de lui-même, comme un enfant rattaché définitivement à celle-ci. Certains juges semblent prendre des décisions qui montrent, en invoquant des motifs étrangers aux besoins de l'enfant, qu'ils ne sont pas favorables à l'adoption alors que d'autres, conscients des choix douloureux qu'ils doivent faire en écartant les parents d'origine de la vie de l'enfant, décident de protéger ce dernier en lui offrant ce qu'il y a de plus nécessaire pour lui, soit une nouvelle famille affective capable de lui offrir «stabilité» et «continuité».

User de la discrétion judiciaire, en invoquant l'intérêt de l'enfant pour le faire, ne peut servir ce dernier que si elle tient compte de ses besoins quotidiens et des objectifs de la loi. *Elle ne doit pas être utilisée pour faire triompher ses théories personnelles ou être fondée sur des abstractions juridiques sans aucun*

398. Art. 545 C.c.Q. Cette disposition permettant d'adopter une personne majeure est assez significative sur l'intérêt, même pour une personne majeure, d'avoir une famille et des parents avec lesquels il pourra maintenir des liens.

lien avec l'enfant qui n'est pas encore capable d'assumer seul la défense de ses droits, dont celui d'avoir une famille et des parents affectifs substitués lorsque ses parents d'origine l'ont abandonné et qu'ils sont incapables de le reprendre en charge.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'EXPERTISE ET LA CONTRE-EXPERTISE EN MATIÈRE FAMILIALE

Auteur(s) : Christine BENOÎT, Karina PIGEON

Revue : RDUS, 1994-1995, volume 25, numéro 1-2

Pages : 175-235

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12913>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12913>

Page vide laissée intentionnellement.

L'EXPERTISE ET LA CONTRE-EXPERTISE EN MATIÈRE FAMILIALE*

par Christine BENOÎT**
et Karina PIGEON***

L'aide considérable apportée par la preuve par expert dans les litiges en matière familiale rend l'importance de ce moyen de preuve incontestable. Le texte qui suit jette un regard critique sur cette preuve particulière. Il y sera question, entre autres, du rôle de l'expert dans les litiges familiaux, des limites légales et scientifiques de l'expertise ainsi que de la recevabilité et de l'admissibilité de la preuve par expert. En terminant, nous proposons des solutions aux problèmes les plus fréquemment rencontrés, notamment, concernant la problématique de la multiplication des expertises ainsi que le problème des expertises contradictoires.

The importance of expert testimony in matters of family law is obvious. This article examines the role of expert witnesses in domestic litigation, its legal and scientific limits and, in general, the admissibility of expert testimony. The writers also propose solutions to problems most often encountered in this regard, including those resulting from the growing trend to having recourse to experts as well as the problems arising out of contradictory expert opinions.

-
1. Le présent texte s'est mérité le premier prix du concours juridique «Charles-Coderre 1994». La Fondation Charles-Coderre vise à promouvoir la recherche en droit ayant un impact social. Les auteurs ont révisé leur exposé en date de juillet 1995 afin d'y apporter, le cas échéant, les corrections appropriées. La Fondation Charles-Coderre a autorisé la publication de cette recherche dans la Revue de Droit Université de Sherbrooke.
 2. Avocate, contentieux des Centres jeunesse de Montréal.
 3. Avocate.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	181
PREMIÈRE PARTIE : LE CADRE GÉNÉRAL DE L'EXPERTISE	183
CHAPITRE I : LE DROIT À L'EXPERTISE	184
Section 1 : L'intérêt requis pour demander une expertise et une contre-expertise	184
Section 2 : La personne contraignable à l'expertise	187
A) Le principe : l'absence d'obligation de se soumettre à l'expertise	187
B) Les exceptions à l'«incontraignabilité» de l'expertise	189
1. Les exceptions au principe de l'inviolabilité de la personne humaine	189
a) L'expertise imposée par la loi	190
b) Le pouvoir du tribunal et du directeur de la protection de la jeunesse en matière d'expertise	191
2. Le droit à la contre-expertise	193
CHAPITRE II : CERTAINES CATÉGORIES D'EXPERTISE	193
Section 1 : L'expertise portant sur des faits révélés en cour	193
Section 2 : L'expertise fondée sur les données recueillies hors cour	195
A. Les tests d'évaluation psychologique	195
1. L'évaluation des capacités intellectuelles	195
2. L'évaluation de la compétence parentale	197
3. L'évaluation des besoins psychologiques et affectifs de l'enfant	198
B) L'évaluation de la capacité de l'enfant à rendre témoignage	199
CHAPITRE III : LES LIMITES DE L'EXPERTISE	199
Section 1 : Les limites inhérentes au droit	200
A) L'expertise restreinte aux sujets relevant de la compétence de l'expert	200

B) L'expertise restreinte par le secret professionnel	201
1. Les informations obtenues par l'expert protégées par le secret professionnel	201
a) Les critères d'application du secret professionnel . . .	201
b) La renonciation volontaire au secret professionnel . .	202
2. Les informations non soumises au secret professionnel . .	203
Section 2 : Les limites inhérentes à la science	204
A) Les limites intrinsèques à la validité des tests	204
B) Les limites concernant les variables incontrôlables	206
1. Les conceptions du professionnel	206
2. L'attitude de la personne soumise à l'expertise	207
Section 3 : La conciliation du droit et de la science	208

**DEUXIÈME PARTIE : L'INFLUENCE DE L'EXPERTISE
SUR L'ADJUDICATION D'UN
LITIGE EN MATIÈRE FAMILIALE . 209**

**CHAPITRE I : LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE PAR
EXPERT 210**

Section 1 : La notion de recevabilité de la preuve par expert . . .	211
Section 2 : Les critères de recevabilité de l'expertise	212
A) La nécessité de l'expertise	212
B) La pertinence de l'expertise	213
Section 3 : Les conditions de forme de l'expertise	214
A) Les règles générales en matière familiale	214
1. Le dépôt du rapport de l'expert	215
2. La preuve de l'opportunité	216
3. L'accord des parties	216
B) Les règles particulières à la <i>Loi sur la protection de la jeunesse</i>	216
1. Le principe : la situation de compromission	217
2. L'exception : le consentement des parties	218

**CHAPITRE II : L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE PAR
EXPERT 218**

Section 1 : La force probante de l'expertise	219
A) La notion de force probante	219

B) Les facteurs à considérer pour déterminer la force probante	219
1. La crédibilité	220
2. La qualification	220
3. Les méthodes utilisées	221
4. Les qualités de l'expertise	222
5. L'opinion du témoin expert	223
6. Le témoignage sur les déclarations extrajudiciaires de l'enfant	223
a) Devant le tribunal de droit commun	224
b) Devant la Chambre de la jeunesse	224
7. La confection du rapport : distinction entre les faits et l'opinion de l'expert	225
Section 2 : La contradiction entre experts	225
A) Les explications possibles des expertises contradictoires	226
B) Les moyens à la disposition du juge en cas d'expertises contradictoires	226
Section 3 : Le degré de preuve requis pour donner effet à l'expertise	227
Section 4 : L'utilisation de l'expertise par les tribunaux	228
TROISIÈME PARTIE : POUR UNE MEILLEURE UTILISATION DE L'EXPERTISE : CRITIQUES CONSTRUCTIVES EN REGARD DU DROIT ÉTRANGER ..	229
CHAPITRE I : L'IMPACT NÉGATIF D'UN TROP GRAND NOMBRE D'EXPERTISES	230
Section 1 : Précisions sur la problématique de la multiplication des expertises	230
Section 2 : Le pouvoir du juge de limiter le nombre d'expertises	231
Section 3 : Le rapport de l'expert tenant lieu de preuve en lieu et place de son témoignage	231
CHAPITRE II : L'INCERTITUDE RÉSULTANT DE	

(1994-95) 25 R.D.U.S.	<i>L'expertise et la contre-expertise en matière familiale</i>	179
-----------------------	--	-----

**L'ABSENCE DE DIRECTIVES IDENTIQUES
PRÉALABLES DONNÉES AUX EXPERTS 232**

**CHAPITRE III : LES TESTS SANGUINS DANS LES ACTIONS
EN RECHERCHE DE PATERNITÉ 233**

CONCLUSION 234

INTRODUCTION

Il y a quelques siècles, le droit était une discipline parfaitement autonome et le tribunal pouvait prendre des décisions à la seule lumière de ses connaissances juridiques. Le développement exceptionnel de la science et de la technologie a entraîné depuis un siècle des situations de plus en plus complexes, rendant discutable, voire même impossible sans l'éclairage des experts, la résolution de nombreux litiges sur la seule base du droit. Progressivement, les tribunaux n'ont eu d'autres choix que de demander l'assistance de spécialistes pour mieux comprendre et prendre la meilleure décision dans la solution d'un litige. C'est ainsi que l'expert a fait son entrée dans l'enceinte du tribunal. À l'origine, les tribunaux le considéraient plutôt avec une certaine méfiance. En effet, les juges le percevaient comme une atteinte à leur capacité d'appréciation du litige et craignaient de voir leurs pouvoirs usurpés par les spécialistes. C'était l'époque du tâtonnement où l'on situait mal le rôle de l'expert en croyant erronément qu'il constituait une atteinte au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Malgré cet état d'esprit peu favorable, la magistrature a constaté que les experts pouvaient lui apporter une aide précieuse qu'elle ne pouvait plus négliger et, disons-le, qu'elle apprécie de plus en plus, dans les litiges où la compréhension des faits et de leur portée dépend de l'expertise, ce qui permet de prendre une décision plus éclairée.

Depuis de nombreuses années, nous avons assisté à une augmentation des circonstances qui nécessitent l'intervention d'un expert, d'où la multiplication non seulement du nombre, mais également de la nature des expertises qui sont devenues complexes par la spécialisation de plus en plus poussée. Nous sommes confrontés à une science sans cesse «plus savante» et à une technologie sophistiquée rendant parfois difficile, même pour l'initié, la maîtrise de toutes les subtilités d'une situation. Le contrôle du litige semble, pour ce motif, échapper un peu au tribunal qui peut hésiter parfois à contredire un scientifique hautement qualifié. Nous sommes arrivés à une étape où le droit ne peut plus ignorer les progrès qui surviennent dans les autres disciplines et les tribunaux, qui doivent chercher à rendre une justice toujours meilleure, ont cherché dans cette perspective à trouver des moyens et des critères pour situer le rôle de l'expert et limiter l'influence de l'expertise aux objectifs poursuivis lorsqu'on la requiert.

La présence de l'expert dans les cours de justice a donc amené les tribunaux à définir son rôle en le considérant comme un conseiller capable de fournir au juge un outil supplémentaire, l'expertise, pour l'aider à solutionner le litige. Quel que soit le niveau de connaissance du juge, il ne peut embrasser toutes les sciences, maîtriser toutes les techniques, pénétrer la pensée de chacun. Pourtant, toutes ces connaissances sont souvent nécessaires pour prendre une décision juste et éclairée. Le rôle de l'expert consistera justement à apporter une aide aussi objective que possible afin que le tribunal puisse tirer ses propres conclusions en appliquant avec justesse les données scientifiques et technologiques aux faits mis en preuve devant lui.

En droit civil général, et plus particulièrement en matière familiale, l'expert, à partir de la base factuelle du litige, donnera un avis qui nécessairement repose sur une évaluation comportant des éléments subjectifs. À titre d'exemples, il en sera ainsi lorsqu'il s'agit de déterminer lequel des deux parents est le plus apte à se voir confier la garde d'un enfant; quel régime de protection serait le mieux adapté pour le majeur inapte et si sa garde en établissement est nécessaire; quelles sont les probabilités qu'un enfant ait été victime d'abus physiques ou sexuels; si le degré d'autonomie d'une personne et ses aptitudes sont suffisants pour lui permettre de réintégrer le marché du travail à la suite d'un divorce; si la reprise en charge d'un enfant est possible en matière d'adoption ou de garde; si le niveau de la capacité mentale d'une personne lui permet de consentir à des mesures volontaires en matière de protection de la jeunesse. Ces quelques illustrations montrent que l'expertise peut couvrir une multitude de situations que le tribunal doit trancher.

L'intérêt de l'étude de l'expertise en matière familiale apparaît lorsqu'on s'arrête à l'impact qu'elle peut avoir sur les personnes concernées par le litige. L'évolution des diverses théories et conceptions scientifiques a amené des expertises contradictoires, sans compter qu'elles peuvent aussi résulter du fait que les experts ne retiennent pas les mêmes éléments, ne partent pas des mêmes prémisses, ne considèrent pas tous les faits ou ne rencontrent pas toutes les personnes intéressées. Comment les tribunaux doivent-ils réagir en présence de ces expertises contradictoires? Quelle portée doivent-ils donner à une expertise scientifique faisant état, par exemple, de 90% de certitude alors qu'ils doivent décider selon la prépondérance de la preuve?

Nous ne croyons pas nécessaire d'analyser, de façon exhaustive, toutes les situations pouvant donner lieu à une expertise. Il nous apparaît plus opportun d'analyser les différentes règles qui encadrent l'avis du scientifique auquel on demande d'éclairer le tribunal sur des situations très variables.

Nos recherches montrent qu'il n'y a pas de distinctions significatives justifiant de traiter séparément l'expertise en matière civile de celle en matière familiale, sous réserve de certaines différences dont nous ferons état, le cas échéant. En effet, nous verrons que le rôle de l'expert, et toutes les règles générales concernant l'expertise et la contre-expertise, obéissent aux mêmes principes et souvent aux mêmes contraintes.

Dans cette perspective, nous allons aborder dans la première partie le cadre général de l'expertise, en traitant plus particulièrement du droit à l'expertise, de certaines catégories d'expertises et des limites de l'expertise.

Nous étudierons, dans la deuxième partie, l'influence de l'expertise sur l'adjudication d'un litige en analysant les différences entre la recevabilité et l'admissibilité de la preuve par expert.

Finalement, à la lumière du droit comparé nous formulerons, dans la troisième partie, certaines critiques et suggestions concernant la preuve par expert en droit québécois, afin d'utiliser plus efficacement l'expertise au sein d'un litige civil.

PREMIÈRE PARTIE : LE CADRE GÉNÉRAL DE L'EXPERTISE

L'impact considérable de l'expertise justifie à lui seul l'analyse des répercussions de ce moyen de preuve dans l'administration de la justice qui peut, tantôt être contraint par le secret professionnel, tantôt par l'inviolabilité physique et psychologique d'une personne. De plus, même si l'on poursuit l'objectif de rendre une plus grande justice, l'expertise touchant la personne ne doit pas cependant avoir recours à des méthodes abusives. Il faut donc se demander s'il est possible de concilier la protection de la personne avec les divulgations que peuvent fournir les experts.

L'expertise constitue le point de rencontre entre le droit et les autres disciplines qui contribuent à la recherche de la vérité et d'une meilleure justice. Le droit et les sciences propres aux diverses sortes d'expertises obéissent à des règles distinctes, ce qui provoque, à l'occasion, des confrontations de valeurs.

CHAPITRE I : LE DROIT À L'EXPERTISE

L'un des aspects les plus discutés en matière d'expertise concerne souvent la confrontation du principe de l'inviolabilité de la personne humaine avec le droit à l'expertise. S'il existe des exceptions au principe de l'inviolabilité de la personne, il reste à répondre, au-delà de ces exceptions, à l'épineuse question de déterminer quelle portée peut avoir le refus d'une personne à se soumettre à une évaluation alors qu'aucune raison ne pourrait, à première vue, justifier un tel refus. Comment équilibrer le «refus» et le droit à la meilleure preuve? L'expertise portant sur une partie qui en a fait la demande permet-elle à l'autre de requérir une contre-expertise?

Section 1 : L'intérêt requis pour demander une expertise et une contre-expertise

On doit avoir un intérêt dans le litige pour être admis à demander une expertise ou une contre-expertise. À ce titre on retrouve, parmi les premiers intéressés, les parties au procès qui peuvent avoir recours à un expert pour établir leurs prétentions¹. Chaque partie peut faire appel à l'expert de son choix, ce qui entraîne fréquemment plusieurs expertises dont les conclusions sont irréconciliables². En matière familiale, pour pallier cet inconvénient, il est

-
1. Par exemple, un père soupçonné d'avoir abusé sexuellement de son enfant peut assigner plusieurs médecins, à titre d'experts, afin de réfuter ces allégations, voir *Protection de la jeunesse-402*, J.E. 89-902 (C.Q.).
 2. Louis GÉLINAS et Bartha Maria KNOPPERS, «Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection», (1993) 53 *R. du B.* 3, 17. Dans l'arrêt *Droit de la famille-1242*, [1989] R.D.F. 287 (C.S.), la requérante demande au tribunal de lui confier la garde de son enfant. Pour appuyer ses prétentions, chaque partie a fait entendre un témoin expert. L'expert de la requérante conclut qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de retourner vivre avec sa mère. La psychologue retenue par le père conclut, pour sa part, que l'enfant est très bien avec son père. Devant une telle preuve, le tribunal s'est appuyé sur la preuve profane pour rejeter les conclusions de l'expert de la requérante. Voir également, *Droit de la famille-251*, [1986] R.D.F.11 (C.S.).

possible, lorsque les parents collaborent, de ne consulter qu'un seul expert pour évaluer la situation de l'ensemble de la famille³.

Le tribunal peut aussi avoir un intérêt pour demander une expertise⁴. En effet, les articles 414 et suivants du *Code de procédure civile*⁵ accordent au tribunal le pouvoir d'ordonner une expertise lorsque les fins de la justice le requièrent⁶. Il en est ainsi, à titre d'exemple, lorsque le juge, à cause de la technicité des faits du litige, ne peut maîtriser tous les aspects du dossier⁷ ou encore si les expertises présentées s'avèrent contradictoires et qu'il désire obtenir l'avis d'un expert indépendant des parties et probablement plus impartial⁸.

-
3. C'est ce qui s'est produit, entre autres, dans les affaires suivantes : *X. c. Z.*, [1975] C.S. 508. Il s'agissait d'une contestation au sujet de la garde des enfants. Les parties ont accepté de se soumettre à une évaluation conjointe afin d'aider le tribunal à prendre une décision éclairée; *C.B. c. F.M.*, [1988] 11 Q.A.C. 229. Dans cette affaire, les parties ont consenti à ne consulter qu'un seul expert afin de ne pas allonger les délais indûment. Il s'agissait d'un litige sur la garde des enfants.
 4. L. GÉLINAS et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 2, voir p. 18 en matière de garde et p. 29 en matière de protection.
 5. L.R.Q., c. C-25.
 6. En effet, même en matière familiale le tribunal détient, dans certaines situations, le pouvoir de contraindre quelqu'un à se soumettre à une expertise. Ainsi, dans *Droit de la famille-628*, [1989] R.D.F. 321 (C.A.), où il s'agissait de déterminer à quel parent serait confiée la garde des enfants, le tribunal a fait droit à la requête du père demandant que les enfants se soumettent à une évaluation psychologique. Le tribunal motive sa décision en déclarant que l'état psychologique des enfants est au coeur même du litige dont il constitue d'ailleurs le principal objet; dans *Droit de la famille-1381*, [1991] R.D.F. 130 (C.S.) le tribunal a ordonné une expertise psychosociale des parties afin de déterminer les droits de visite et de sortie.
 7. Voir, entre autres, l'affaire *Donolo inc. c. St-Michel Realities Inc.*, [1971] C.A. 536, 537, où la Cour d'appel s'exprime ainsi sur la légitimité pour le juge de première instance d'avoir nommé ses propres experts : «[...] dans leur recherche de la solution des problèmes qui leur sont ainsi soumis, les juges sont justifiés de se renseigner et de se faire éclairer par ceux qui ont plus particulièrement consacré leurs activités professionnelles, soit à acquérir une connaissance approfondie de ces sciences et de la technique de leurs applications, soit à acquérir de l'expérience dans le domaine de cette technique ou de ces applications».
 8. Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1987, n° 485, p. 178; Henri KÉLADA, *Notions et techniques de la preuve civile*, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1986, p. 273.

Le pouvoir du tribunal de recourir à un expert est également prévu par les *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale*⁹ qui prévoient que le juge peut suggérer aux parents de se soumettre à une expertise. Le tribunal peut s'appuyer sur ces dispositions en matière de garde et de droit de visite lors d'un divorce ou d'une séparation¹⁰.

Dans les situations où la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹¹ s'applique, l'article 86 confère au directeur de la protection de la jeunesse le pouvoir de demander qu'un expert procède à l'évaluation psychologique du milieu familial de l'enfant¹². Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, sauf l'obligation de procéder à une expertise lorsque le tribunal lui en fait la demande¹³.

En dernier lieu, dans tous les litiges où son bien-être est mis en question, l'enfant possède l'intérêt nécessaire pour requérir une expertise. À cette fin, on lui nomme un représentant, en vertu de l'article 394.1 C.p.c. ou des articles 80 et 84 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Le rôle de ce représentant est de protéger les intérêts de l'enfant lorsque ceux-ci sont opposés à ceux de ses parents¹⁴. Pour le représenter adéquatement, il peut demander une expertise pour contredire celles déjà produites lorsqu'il estime qu'elles ne prennent pas en considération les besoins de l'enfant.

9. L.R.Q., c. C-25, r. 9, art. 23 à 24. Voir, entre autres, Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 351 et Claude C. BOULANGER, *Divorce*, 2^e éd., vol. 202, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1990, pp. 31-32.

10. L. GÉLINAS et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 2, 18-20.

11. L.R.Q., c. P-34.1, ci-après citée L.P.J.

12. Voir, à ce sujet, *Protection de la jeunesse-339*, J.E. 88-883 (T.J.), où le tribunal se prononce sur le droit du directeur de la protection de la jeunesse de demander une expertise en vertu de l'article 86 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Voir aussi, *Protection de la jeunesse-572*, [1992] R.J.Q. 2354 (C.Q.).

13. L.P.J., art. 86(2).

14. Dans *Protection de la jeunesse-635*, [1993] R.D.F. 451 (C.Q.), les enfants désiraient se faire adopter par leur famille d'accueil. Un avocat les représentait afin de protéger leurs intérêts qui étaient opposés à ceux de leur mère. Voir également, *Protection de la jeunesse-572*, précité, note 12; Suzanne GUILLET, «Le sort réservé aux enfants à l'occasion d'un litige conjugal», dans *Droit civil et procédure civile*, vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., p. 54, aux pages 73 et 74.

Section 2 : La personne contraignable à l'expertise

L'expertise peut être demandée, comme nous venons de le voir, par différentes personnes. Cependant, le pouvoir de demander n'implique pas nécessairement celui de contraindre. En principe, personne n'est obligé de consentir à une évaluation le concernant, mais il existe des situations qui dérogent à ce principe.

A) Le principe : l'absence d'obligation de se soumettre à l'expertise

Dans notre droit, l'intégrité physique et psychologique d'une personne est protégée par la Charte québécoise qui énonce le principe de l'inviolabilité de la personne humaine. En effet, nul ne peut être forcé de se soumettre à une expertise sans y avoir consenti¹⁵. Toutefois, cette règle s'applique seulement lorsque l'expertise implique la violation de l'intégrité physique ou psychologique d'une personne. À l'inverse, si l'étude ne porte pas sur un individu, comme en matière de bornage, l'expertise peut être légalement imposée¹⁶.

Les litiges sur la filiation soulèvent fréquemment le problème du consentement à l'expertise sanguine. La jurisprudence a adopté, à ce propos, une position non équivoque selon laquelle, en l'absence d'une disposition à l'effet contraire, le tribunal doit respecter le principe de l'inviolabilité de la personne humaine : il ne peut que suggérer un test sanguin¹⁷. Cette restriction relative à l'expertise sanguine s'applique également aux autres situations qui touchent à l'intégrité physique ou psychologique d'un individu.

La jurisprudence semble moins unanime quant aux effets du refus de consentir à l'expertise. Certains prétendent que le refus constitue l'exercice d'un droit fondamental et qu'aucune présomption négative ne peut en être tirée¹⁸.

15. C.c.Q., art. 10; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 9.

16. Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1986, n° 603, p. 199.

17. Dans *Droit de la famille-1859*, [1993] R.J.Q. 2303, 2309 (C.A.), le tribunal déclare qu'il ne peut que suggérer un prélèvement de sang étant donné l'absence d'une disposition législative l'autorisant à l'imposer.

18. Le tribunal, dans l'arrêt *Droit de la famille-1111*, [1987] R.D.F. 331 (C.S.), déclare à la page 332 : «[...] que le refus d'un défendeur de se soumettre à une analyse sanguine, considéré dans l'affaire précitée de *Droit de la famille-1059* comme un indice additionnel pour rendre

Cependant, une nouvelle tendance semble voir le jour suivant laquelle le juge pourrait interpréter négativement le refus¹⁹. Pour notre part, nous croyons justifiés les propos d'Albert Mayrand, qui a écrit :

«[...] Par contre, on ne doit pas se servir du principe de l'inviolabilité de la personne humaine comme d'un paravent pour cacher la vérité. Si on refuse sans motif raisonnable de se prêter à un acte médical qui ne présente aucun danger et aucun inconvénient sérieux, c'est probablement parce que l'expertise doit révéler un fait que l'on a intérêt à cacher. Il est donc logique d'interpréter contre le récalcitrant son refus de collaborer».

«[...] On ne doit pas pousser jusqu'à l'absurde l'application du principe de l'inviolabilité de la personne; on ne demande pas à un plaideur de se laisser saigner à blanc, mais de se prêter à un prélèvement indolore. La justice et la vérité valent bien une goutte de sang»²⁰.

admissible la preuve testimoniale, ne saurait avoir, même uniquement, cette portée d'être défavorable, car il ne prouve rien et est l'exercice d'un droit par le défendeur». Voir également l'opinion du juge Proulx dans *Droit de la famille-1059*, [1990] R.D.F. 385 (C.A.), 392.

19. *Droit de la famille-1859*, précité, note 17, 2310. Il s'agit d'une action en déclaration de paternité où le défendeur a refusé de se soumettre à un test sanguin sans justifier son refus. Quant à l'impact à donner à ce refus, le tribunal s'exprime ainsi : «Étant acquis qu'un tribunal ne peut que suggérer un prélèvement sanguin, notre cour a aussi conclu qu'en cas de refus injustifié le tribunal peut tirer de ce refus une conclusion qui sera généralement négative à l'égard de celui qui s'y refuse [...]» et il ajoute à la page 2311 : «Et ce n'est pas, à mon avis, une hérésie que de tirer une inférence du refus de se soumettre à un test sanguin alors qu'il y a un intérêt social réel à ce qu'un enfant connaisse l'identité de son père [...]». Aux pages 2311 et suivantes, on fait état des nombreuses provinces canadiennes où le tribunal peut tirer les conclusions qu'il estime indiquées d'un refus de se soumettre à un tel test. L'opinion du juge Vallerand dans *Droit de la famille-1059*, précité, note 18, va dans le même sens. Voir également *Droit de la famille - 1185*, [1988] R.D.F. 260 (C.S.), où le tribunal a tiré une impression défavorable du refus de la mère de se soumettre aux évaluations réalisées par l'expert du père. Le tribunal avait d'abord obtenu le consentement des parties afin qu'un expert du Centre d'expertise psychosociale procède à l'évaluation de la famille. Par la suite, les deux parties avaient demandé la réalisation d'expertises privées.
20. Albert MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1975, pp. 106-107.

En France, une disposition du *Code de procédure civile*²¹ autorise le juge à considérer comme établis les faits que l'expertise avait pour but de constater. Il serait souhaitable qu'une telle disposition soit adoptée au Québec. Spécialement en matière familiale lorsqu'on doit déterminer l'intérêt d'un enfant. Nous croyons qu'un juge, ne pouvant bénéficier d'un élément aussi essentiel qu'une expertise à cause d'un refus injustifié, devrait pouvoir logiquement en inférer une présomption défavorable même si en théorie cela va à l'encontre du principe de l'inviolabilité de la personne.

En terminant sur le consentement à l'expertise, signalons qu'en matière de protection de la jeunesse, le droit de refuser une évaluation est prévu à l'article 87 L.P.J., où l'on édicte que l'enfant âgé de 14 ans et plus et les parents peuvent refuser de s'y soumettre²², leur consentement étant indépendant l'un de l'autre. Pour l'enfant âgé de moins de 14 ans, ce sont ses parents qui prennent la décision pour lui.

B) Les exceptions à l'«incontraignabilité» de l'expertise

Le législateur et les tribunaux ont tempéré le principe du droit de consentir à l'expertise lorsqu'un intérêt supérieur l'exigeait. On peut identifier deux catégories d'exceptions, soit celles relatives à l'inviolabilité de la personne et celles justifiées par le droit de contredire une expertise.

1. Les exceptions au principe de l'inviolabilité de la personne humaine

Les exceptions au principe général de l'inviolabilité de la personne humaine relèvent de deux sources. Il s'agit de l'expertise imposée par la loi et du pouvoir du tribunal et du directeur de la protection de la jeunesse de requérir une expertise.

21. *Code de procédure civile français*, art. 11 : «Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus».

22. Voir, à ce sujet, Renée JOYAL, *Précis de droit des jeunes*, t. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1986, n° 86, p. 48.

a) L'expertise imposée par la loi

On relève, dans la législation, certaines situations où une personne peut être contrainte légalement à subir une expertise. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agit d'appliquer les articles 399 et 400 C.p.c.^{22a} La formulation de l'article 399 C.p.c. le rend applicable à un grand nombre de situations. Il n'est donc pas surprenant de constater que cet article a son utilité en matière de séparation et de divorce²³. En effet, l'état de santé physique ou mental d'une partie peut être déterminant dans un litige concernant le montant de la pension alimentaire ou la garde des enfants²⁴.

Il en sera de même lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'une personne représente un danger pour elle-même ou pour les autres en raison de l'état de sa santé mentale. Avant de conclure à la nécessité de la garder en

-
- 22.a. À titre complémentaire, consulter, J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 8, n^{os} 606-614, pp. 222-225. L'article 399 C.p.c. édicte que : « Dans toute cause susceptible d'appel, lorsqu'est mis en question l'état physique ou mental d'une personne, partie à un litige ou qui a subi le préjudice qui y a donné lieu, une partie peut assigner à ses frais cette personne par bref de subpoena, pour qu'elle se soumette à un examen médical ». On ne peut pas s'objecter à une requête fondée sur l'article 399 C.p.c., en invoquant le principe de l'inviolabilité de la personne humaine. Dans *Syndicat des travailleurs(euses) de l'enseignement Chauveau-Charlesbourg c. Robitaille-Rousseau*, [1988] R.D.J. 259, 266 (C.A.), on a rejeté l'argument basé sur la *Charte québécoise des droits et libertés* qui protège le droit à l'intégrité et à la liberté de sa personne. L'enfant qui souffrait de trisomie 21 voulait être admis en classe régulière. Le tribunal a jugé qu'en voulant se faire reconnaître un droit, l'argument fondé sur la Charte n'était pas utile en l'instance. Voir aussi *Stedman c. Cordier*, [1976] R.P. 372, 373 (C.S.). Toutefois, cette exception comporte une limite : on devrait refuser d'obliger une partie à se soumettre à des examens douloureux ou indûment prolongés : A. MAYRAND, *op. cit.*, note 20, p. 109. L'auteur énumère certains examens médicaux qui constituent, selon lui, la limite de ce qu'on peut imposer à une partie. Il mentionne, entre autres, l'examen radiographique après ingestion de baryum et le prélèvement de l'estomac au moyen d'un tube de caoutchouc.
23. *Stedman c. Cordier*, précité, note 22a, 373, où le tribunal s'exprime ainsi concernant l'application de l'article 399 C.p.c. au cas de divorce et de séparation : « Après réflexion, le tribunal croit que l'article 399 permet de faire examiner la partie adverse dans toute action qui met en question la santé physique ou mentale d'une partie, y compris les cas de divorce et de séparation. ».
24. Dans *Rousseau c. Lemay-Rousseau*, [1976] C.A. 317, il s'agissait d'un litige portant sur le montant de la pension alimentaire. L'appelant a demandé que l'intimée se soumette à un examen médical en vue de déterminer si elle était apte à subvenir à ses besoins. La cour fut d'avis qu'il avait le droit d'exiger un tel examen.

établissement il faut obligatoirement la soumettre à une évaluation psychiatrique²⁵.

Il existe aussi d'autres lois qui assujettissent l'exercice d'un droit à un examen médical ou psychologique. À titre d'exemple, on peut consulter la *Loi sur l'assurance automobile*²⁶ et la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*²⁷ qui posent une telle condition. On peut, d'ailleurs, s'interroger sur les motifs qui ont pu inciter le législateur à refuser de rendre obligatoire l'expertise sanguine qui concerne une question d'ordre public, la filiation d'un enfant. L'expertise sanguine est tellement supérieure aux témoignages contradictoires²⁸ qu'il est difficile de comprendre qu'on ait pu priver l'enfant ou le père de recourir à ce moyen de preuve compte tenu des dérogations déjà acceptées à l'inviolabilité de la personne humaine.

b) Le pouvoir du tribunal et du directeur de la protection de la jeunesse en matière d'expertise

Lorsque l'on traite d'expertise sur la personne, le tribunal peut en de très rares occasions faire échec au principe de l'inviolabilité de la personne humaine. Qui plus est, il ne peut le faire que si une disposition législative le prévoit²⁹. Ainsi, en matière familiale, les articles 23 à 24 des *Règles de pratique en matière familiale*³⁰ énoncent que le juge ne rend une ordonnance d'expertise psychosociale que du consentement des parties³¹. Malgré cela, il semblerait que

25. C.c.Q., art. 26 et suivants. *Loi sur la protection du malade mental*, L.R.Q., c. P-41.

26. L.R.Q., c. A-25.

27. L.R.Q., c. A-3.001. Voir également : *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35; *Loi sur les adoptions d'enfants domiciliés en République populaire de Chine*, L.R.Q., c. A-7.01.

28. Effectivement, l'expertise sanguine visant à identifier l'ADN est un test dont la précision est de 99.8% lorsqu'il s'agit de déterminer la filiation d'une personne. «Le test d'ADN est de plus en plus utilisé pour déterminer la paternité», *La Presse*, Montréal, le 18 février 1994.

29. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 16, n° 525, p. 175 : «Le principe de l'inviolabilité de la personne humaine s'oppose à ce qu'on puisse soumettre une personne à un examen médical contre sa volonté. Seule une disposition expresse de la loi peut déroger à cette règle». Plusieurs juges ont réitéré cette affirmation pour refuser d'obliger quelqu'un à se soumettre à une expertise. Voir, entre autres, *Droit de la famille -206*, [1986] R.J.Q. 2038, 2042 (C.A.); *Droit de la famille-1859*, précité, note 17.

30. Ci-après nommée «R.p.C.s. mat. fam.».

31. R.p.C.s. mat. fam., art. 23.2.

l'article 414 du *Code de procédure civile* pourrait servir de fondement au pouvoir du tribunal d'enjoindre la famille à se soumettre à une évaluation psychosociale. Cet article édicte que :

«Art. 414 Après contestation liée, le tribunal peut, même de sa propre initiative, s'il est d'avis que les fins de la justice peuvent être ainsi mieux servies :

1. *ordonner* une expertise par personne qualifiée, qu'il désigne, pour l'examen, la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige;
2. [...]».

Toutefois, dans le contexte de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, le tribunal ne pourrait pas recourir à l'article 414 C.p.c. En effet, ce dernier n'y trouverait pas d'application³² puisqu'on prévoit expressément les cas où l'expertise est obligatoire.

Dans les cas relevant de la Chambre de la jeunesse, la situation est claire. Il n'y a que deux situations où la demande d'une expertise par le tribunal ou par le directeur de la protection de la jeunesse est obligatoire, et c'est lorsqu'on soupçonne que l'enfant a été victime de mauvais traitements ou d'abus sexuels³³.

2. Le droit à la contre-expertise

Le droit de contredire une expertise est consacré par la règle *audi alteram partem* qui énonce le droit de toute partie à un litige d'être entendue et de

32. Effectivement, l'article 85 L.P.J., qui énumère les dispositions du *Code de procédure civile* qui lui sont applicables, exclut de son énumération l'article 414 C.p.c. Toutefois, un certain courant jurisprudentiel soutient que l'article 85 L.P.J. n'a pas pour effet d'exclure de son application les articles du Code de procédure qui n'y sont pas énumérés. *Infra.*, note 125.

33. Voir art. 38(g) et 87 L.P.J.; *Protection de la jeunesse-339*, précité, note 12, 5, où le tribunal, après avoir traité du pouvoir du tribunal et du directeur de la protection de la jeunesse de requérir une expertise et de l'obligation de s'y soumettre dans les cas visés à l'article 38(g), conclut ainsi : «Donc, la situation est claire ici puisque c'est pour ce motif (abus sexuel) que le jugement de déclaration de compromission a été prononcé. Le parent ne peut refuser l'évaluation psychologique, que ce soit à la demande discrétionnaire du Directeur de la protection de la jeunesse ou moins encore lorsqu'il y a un ordre du Tribunal». (Les parenthèses et le contenu dans la note 33 sont de nous.)

répondre utilement aux prétentions de la partie adverse³⁴. Ainsi, lorsqu'une partie s'est soumise à une première évaluation, les tribunaux n'hésitent pas à passer outre le principe de l'inviolabilité de la personne humaine afin de l'obliger à en subir une seconde. En effet, la partie adverse doit avoir la possibilité de présenter une contre-expertise comparable à la précédente afin d'attaquer efficacement le bien-fondé des conclusions auxquelles elle arrive.

CHAPITRE II : CERTAINES CATÉGORIES D'EXPERTISE

Nous allons concentrer ce chapitre sur les expertises comportant des données subjectives. En effet, les expertises en matière familiale portent le plus souvent sur des rapports entre les personnes où les éléments psychologiques ou émotifs sont dominants. Ces types d'expertises nécessitent que l'expert apprécie une situation afin de faire ensuite des recommandations au tribunal, selon le meilleur intérêt de l'enfant, par exemple, lorsque celui-ci fait l'objet d'une dispute entre les parents.

Section 1 : L'expertise portant sur des faits révélés en cour

L'article 414 C.p.c. donne au juge pleine discrétion, à la demande des parties et même de sa propre initiative, d'ordonner «une expertise par personne qualifiée, qu'il désigne, pour l'examen, la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige». Ces experts devront dans certains cas, comme l'indique le texte de l'article 414 C.p.c., assister à tout le procès³⁵.

34. Dans *Protection de la jeunesse-432*, J.E. 90-446 (C.Q.), p. 7, le tribunal s'exprime ainsi à propos de la règle *audi alteram partem* : «En vertu de la règle «*audi alteram partem*», chaque partie doit pouvoir répondre de façon utile et efficace aux prétentions des autres parties. Lorsqu'il admet un élément de preuve en provenance d'une partie, le Tribunal doit permettre aux autres parties de *contredire*. Le Tribunal doit offrir à toutes les parties une égale opportunité de faire entendre leurs témoins». Dans *Guimond c. Morin*, J.E. 94-107 (C.A.), la Cour d'appel a renversé le jugement de la Cour supérieure pour le motif qu'en refusant à une partie le droit de faire entendre ses témoins, elle avait ainsi enfreint la règle *audi alteram partem*.

35. Voir, à ce sujet, *Hôtel-Dieu de Québec c. Bois*, [1977] C.A. 563, 568, dans laquelle la Cour d'appel déclare : «Quant aux experts d'opinion, ils se doivent d'assister aux séances de la Cour pour pouvoir commenter sur les faits relatés à l'audience et, dans un cas comme le présent, pour apprécier le témoignage des défendeurs au point de vue clinique, pour approuver ou désapprouver les traitements des médecins, exposer au juge les techniques de la science médicale, et conclure que les défendeurs se sont ou ne se sont pas conformés aux

Il est préférable, malgré l'article 82 L.P.J. traitant du huis clos, de permettre à un expert de demeurer présent dans la salle d'audience pour aider le tribunal tant dans la recherche des faits que dans l'éventuelle imposition de mesures à prendre pour pallier une situation. Néanmoins, dans sa discrétion, le juge peut ordonner l'exclusion des témoins experts afin de permettre aux témoins de s'exprimer plus facilement, ce qui n'est pas toujours le cas lorsqu'un expert est présent³⁶.

Eu égard à ce qui précède, l'expert pourra se prononcer sur les témoignages des témoins ordinaires et ceux des témoins experts³⁷. De même, il peut être amené à donner son interprétation des témoignages des autres témoins experts ou encore sur le rapport que ceux-ci ont préparé dans le cadre d'une instance³⁸.

Section 2 : L'expertise fondée sur les données recueillies hors cour

Il ne sera possible pour l'expert, dans certaines hypothèses, de se prononcer que s'il a préalablement rencontré les parties. Il en est ainsi, par exemple, d'un litige sur la garde : il ne peut se faire une opinion et formuler ses recommandations sans avoir rencontré les personnes impliquées³⁹. Examinons quelques

règles de l'art; toutes des opinions que le juge n'est pas obligé d'accepter mais qui l'éclaireront dans le jugement qu'il aura à rendre». Le tribunal réitéra le même principe dans *Protection de la jeunesse-567*, [1992] R.D.F. 730, 731 (C.Q.).

36. *Protection de la jeunesse-642*, J.E. 93-1599 (C.Q.).

37. Le jugement dans *Protection de la jeunesse-572*, précité, note 12, démontre clairement l'application pratique de ce principe. Il s'agissait d'une affaire visant à obtenir une ordonnance de placement pour deux jeunes enfants. Le psychologue fut entendu en premier lieu devant le tribunal, et par la suite à la toute fin après que les quelque onze témoins eurent témoigné. Il a alors constaté : «[...] l'existence d'un certain potentiel conflictuel, mais il a été agréablement impressionné, et à certains égards rassuré, par les propos tenus et les comportements observés».

38. *Protection de la jeunesse-605*, [1993] R.J.Q. 739 (C.S.).

39. Il en est de même lorsqu'il s'agit de déterminer la capacité de consentir à des traitements médicaux : *Douglas Hospital Center c. T. (C.)*, [1993] R.J.Q. 1128 (C.S.); *Hôpital St-Charles-Borromée c. G. (G.)*, J.E. 94-106 (C.S.) ; ou de les refuser, de se prononcer sur la nécessité de la garde en établissement d'une personne : *Supra*, Chapitre I de la Partie I, sous le titre : «L'expertise imposée par la loi»; d'évaluer les aptitudes à retourner au travail lors d'une requête en modification de pension alimentaire entre ex-conjoints : voir *Droit de la famille-1701*, J.E. 93-18 (C.A.), où lors d'un divorce, en 1987, l'intimée avait 47 ans et n'avait jamais travaillé durant le mariage qui a duré 23 ans. Elle voulut prouver son état persistant de dépendance financière et son incapacité de réintégrer le marché du travail; ou entre ascendants et descendants, lorsque le créancier alimentaire soutient ne pouvoir

situations où il est fréquent de faire appel à des experts afin d'illustrer la variété des expertises fondées sur des données recueillies hors cours.

A. Les tests d'évaluation psychologique

1. L'évaluation des capacités intellectuelles

L'équilibre psychologique et la stabilité sont essentiels chez le parent qui assume la garde d'un enfant⁴⁰. Dans *Droit de la famille-653*⁴¹, l'expert affirmait que la mère schizophrène, n'ayant jamais vu son enfant puisqu'il est en famille d'accueil depuis sa naissance, ne pourrait jamais être considérée comme une mère ayant les aptitudes pour prendre en charge un enfant. De plus, les gestes et l'attitude d'un parent ayant pour but d'empêcher des contacts avec l'autre parent peuvent justifier qu'on lui enlève la garde s'il y va du meilleur intérêt de l'enfant⁴². L'évaluation des facultés intellectuelles s'avère donc importante.

Il en est de même en matière d'adoption lors d'une demande de rétractation du consentement, alors que le tribunal devra déterminer si le parent était

subvenir à ses besoins : *Droit de la famille-1618*, J.E. 94-176 (C.A.). Ces exemples montrent l'étendue du domaine de l'expertise.

40. *Droit de la famille-1242*, précité, note 2. Dans *Droit de la famille-1717*, [1993] R.J.Q. 166 (C.S.), la preuve démontrait que l'intimée était atteinte du syndrome d'aliénation parentale, car elle avait réussi à empêcher ou réduire presque à néant les rapports entre le père et sa fille en dénonçant à des médecins et des policiers que le requérant avait agressé physiquement et sexuellement sa fille. Les tribunaux québécois ont reconnu ce syndrome. Voir par exemple, *Droit de la famille-1485*, [1991] R.D.F. 570, 574-575 (C.S.); *Droit de la famille-1549*, [1992] R.D.F. 316 (C.A.); *Droit de la famille-1385*, [1991] R.D.F. 180 (C.S.); *E.H. c. L.V.*, C.S. Montréal, n° 500-12-159976-871, le 1^{er} novembre 1990, dans Jean-François BOULAIS, *Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*, 2^e éd., Montréal, Société québécoise d'information juridique, 1990, à la page 18, où le juge s'est estimé justifié de suspendre l'exercice de tous les privilèges de l'autorité parentale du père en concluant qu'un parent capable d'utiliser une personne aussi vulnérable qu'un enfant pour assouvir ses désirs de vengeance à l'endroit de son ex-conjoint n'est pas en mesure de conserver la garde de ses enfants. Ce syndrome comprend divers stratagèmes, diverses astuces pour empêcher le parent non gardien d'avoir accès à ses enfants en détruisant la figure parentale de ce dernier. Les enfants manifestent généralement un sentiment d'hostilité à l'égard de ce parent.

41. [1989] R.J.Q. 1361 (C.Q.).

42. Et de plus, l'article 16(10) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, 2^e suppl., c. 3, stipule que les tribunaux doivent favoriser le plus de contacts possible de l'enfant avec chacun de ses parents. À cet égard, la décision dans *Droit de la famille-1099*, [1987] R.D.F. 236 (C.S.), respecte ce principe.

intellectuellement apte de consentir à l'adoption⁴³, ou encore lorsqu'on demande l'ouverture d'un régime de protection⁴⁴.

En ce qui concerne la prise en charge d'un mineur dont la sécurité ou le développement est déclaré compromis⁴⁵, il faudra évaluer les besoins de l'enfant afin de déterminer la ou les mesures les plus susceptibles de corriger la situation de compromission⁴⁶. Les articles 86 à 88 L.P.J. reçoivent application et le tribunal devra alors obtenir une étude sur la situation sociale de l'enfant. On procédera à une analyse plus approfondie des personnes impliquées et, à cette fin, on a souvent recours à l'expertise pour identifier les mesures les plus susceptibles de favoriser le maintien de l'enfant dans son milieu ou, à tout le moins, lui procurer les meilleures conditions possible dans son intérêt⁴⁷ et le respect de ses droits. Les travailleurs sociaux sont alors fréquemment appelés à intervenir auprès d'une famille afin que les comportements compromettants ne se reproduisent pas⁴⁸.

43. *Droit de la famille-1779*, [1993] R.J.Q. 1287 (C.Q.). Dans cette cause, malgré le fait que l'expert avait décrit l'intelligence de la demanderesse comme se situant à la limite inférieure de l'intelligence lente, le tribunal fut d'avis qu'elle n'était pas démunie au point d'être incapable de prendre des décisions ou qu'elle avait besoin d'une protection extraordinaire et refusa conséquemment de rétracter le consentement de la mère à l'adoption de son enfant. Dans une autre cause, il fut démontré au tribunal que la mère n'avait pas développé une autonomie suffisante pour assumer la garde de ses enfants, qu'elle demeurait dans un milieu inadéquat et était trop dépendante de ses parents. En outre, ses deux filles refusaient catégoriquement de la voir depuis presque trois ans. Le tribunal a déclaré les enfants judiciairement adoptables : *Protection de la jeunesse-635*, précité, note 14.

44. *Trottier c. Trottier*, [1992] R.D.F. 692 (C.S.); *Lévesque c. Ouellet*, [1990] R.J.Q. 2607 (C.S.). L'expert permettra au tribunal de déterminer le régime de protection qui conviendra le mieux à la personne jugée inapte.

45. Nous rappelons ici que l'enquête se déroule en deux étapes distinctes; la première visant à vérifier si le développement ou la sécurité de l'enfant est compromis, et la deuxième à déterminer les mesures à prendre pour corriger la situation.

46. Jacinthe MERCIER, «La procédure applicable en matière de protection de la jeunesse : régime contradictoire, inquisitoire ou mixte?», (1992) 22 *R.D.U.S.* 369, 390.

47. L'intérêt est défini de façon de plus en plus précise par les tribunaux. Voir à ce sujet *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *C. (G.) c. V.F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244.

48. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *L'exploitation sexuelle des enfants dans la législation canadienne*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1990, p. 101.

2. L'évaluation de la compétence parentale

L'évaluation, qui vise à s'assurer que l'enfant sera confié au parent le plus apte à répondre à ses besoins, est souvent déterminante dans l'attribution de la garde des enfants⁴⁹. Mentionnons également que l'analyse du choix du milieu parental approprié est une question de fait qui doit être déterminée en regard de chaque cas particulier⁵⁰. Cependant, la compétence parentale n'est pas le seul facteur auquel réfère le tribunal. Ainsi, il pourra parfois accorder la garde conjointe, malgré le fait que la compétence parentale d'un parent présente certaines lacunes, au motif qu'il y va ainsi de l'intérêt de l'enfant⁵¹. Dans d'autres circonstances, lorsque l'évaluation de la compétence parentale n'est pas satisfaisante, le tribunal pourra tout simplement refuser d'accorder la garde de l'enfant à ce parent⁵².

Lors de l'évaluation des capacités parentales, l'expert devra tenir compte des liens affectifs développés entre le parent et l'enfant. À partir de ces constatations, il pourra faire des recommandations au tribunal concernant la garde. Lorsque le lien d'attachement de l'enfant avec l'un des parents est mis en péril, il faut prendre soin d'obtenir une évaluation impartiale des besoins réels de l'enfant avant d'attribuer le droit de garde ou de refuser un droit de visite à l'un des parents⁵³. De ce qui précède, nous voyons qu'un parent peut être apte

49. Le professeur Claude Boisclair, dans *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde : réalité ou apparence?*, Sherbrooke, Publication de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1978, p. 158, écrit que l'expertise est une façon plus adéquate pour déterminer les besoins psychologiques de l'enfant et évaluer les aptitudes des parties à s'en occuper. Ainsi, dans *Droit de la famille-1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), le tribunal a déclaré l'enfant admissible à l'adoption puisque l'attitude craintive et soumise de sa mère avait des répercussions négatives au plan de ses capacités parentales.

50. *Protection de la jeunesse-309*, J.E. 88-587 (T.J.).

51. *Droit de la famille-1717*, précité, note 40.

52. *Droit de la famille-1242*, précité, note 2, où le tribunal a refusé le changement de garde au motif que la mère ne permettait pas l'exercice libre et serein de la relation père-fils et que son équilibre psychologique était insatisfaisant.

53. Dans *Droit de la famille-1385*, précité, note 40, le père s'efforçait constamment de dénigrer la mère aux yeux de l'enfant lors de ses visites. Les rapports d'expertise psychologique concluaient que le père exerçait une influence négative sur l'enfant, mais soulignaient également la présence d'un lien affectif important entre l'enfant et le père. Le juge, se refusant alors de mettre entièrement fin aux droits de visite du père, les a cependant réduits, l'avertissant que ses droits pouvaient lui être totalement retirés s'il continuait à agir de la sorte.

à assumer la garde d'un enfant, mais non pas du sien, si les liens affectifs développés avec lui ne sont pas suffisants ou s'ils sont inexistants⁵⁴.

3. L'évaluation des besoins psychologiques et affectifs de l'enfant

Le tribunal devant statuer selon le meilleur intérêt de l'enfant, l'expert doit également, dans ses recommandations, tenir compte des besoins de celui-ci⁵⁵. L'expert pourra aussi être amené à préciser s'il serait bénéfique pour l'enfant qu'une relation étroite s'établisse entre lui et son père⁵⁶, ou encore à déterminer, au terme de la durée de l'interruption des droits d'accès d'un des parents, si l'enfant risquait de ne plus avoir de lien affectif avec lui⁵⁷.

B) L'évaluation de la capacité de l'enfant à rendre témoignage

En vertu des articles 85.1 à 85.3 L.P.J., des psychologues peuvent, notamment, être appelés à évaluer si un enfant est intellectuellement apte à rendre témoignage devant le tribunal ou si le juge doit l'en dispenser au motif qu'il pourrait ainsi en subir un préjudice affectif grave. L'enfant pourra être jugé apte à témoigner, s'il est établi qu'il comprend l'importance de rapporter avec exactitude les faits dont il a eu connaissance⁵⁸. L'expertise qui révélera que l'enfant est capable de comprendre la nature du serment fera présumer qu'il est apte à témoigner devant le tribunal.

La dispense de témoigner demandée pour un enfant apte à le faire ne peut être accordée que si on fait la preuve devant le tribunal d'un préjudice réel et suffisant⁵⁹. Il semble qu'une évaluation psychologique sera souvent nécessaire

54. Voir à cet effet : *Droit de la famille-1779*, précité, note 43; *Protection de la jeunesse-635*, précité, note 14.

55. Ce fut notamment le cas dans *Protection de la jeunesse-406*, [1989] R.D.F. 522 (C.Q.), où le témoin expert a déclaré que l'enfant souffrait de carence affective et qu'il était très agité. Il concluait à la nécessité d'un parent bien préparé pour s'occuper de lui et développer avec lui un lien affectif solide, stable et motivant.

56. *Droit de la famille-1099*, [1987] R.D.F. 236 (C.S.).

57. *Droit de la famille-1715*, J.E. 93-153 (C.A.).

58. L.P.J., art. 85.2.

59. Voir, à ce sujet, *Protection de la jeunesse-434*, [1990] R.J.Q. 1190 (C.Q.); *Protection de la jeunesse - 471*, [1991] R.J.Q. 564 (C.Q.); *Protection de la jeunesse - 488*, [1991] R.D.F. 244 (C.Q.).

pour déterminer si l'enfant est apte à témoigner.

CHAPITRE III : LES LIMITES DE L'EXPERTISE

L'utilisation de connaissances relevant de sciences différentes pour régler un litige ne se fait pas sans certaines adaptations. L'expertise en est un bon exemple. Le droit et la science se côtoient tant bien que mal afin d'aboutir à la solution d'un litige. Cependant, chacune évolue dans son propre univers de concepts et chacune est limitée dans son cheminement par des facteurs que personne ne peut maîtriser.

Dans ce troisième chapitre, nous ferons état des limites de l'expertise imposées par le droit, d'une part, et par la science, d'autre part. Nous y discuterons également des principales différences conceptuelles qui les distinguent.

Section 1 : Les limites inhérentes au droit

Le droit impose deux limites à l'expert. Tout d'abord, son expertise est restreinte au sujet relevant de sa compétence. Ensuite, il doit respecter le secret professionnel.

A) L'expertise restreinte aux sujets relevant de la compétence de l'expert

Lorsqu'un expert témoigne, il ne peut donner son opinion qu'en regard des sujets relevant directement de la compétence qu'il a acquise lors de ses études ou de son expérience professionnelle⁶⁰. Il en résulte donc que le témoin expert n'est pas autorisé à se prononcer sur des questions de droit puisque seul le

60. La définition de «témoin expert» reflète cette idée : «Le témoin expert est celui qui possède une compétence spécialisée dans un secteur donné d'activité et qui a pour rôle d'éclairer le tribunal et de l'aider dans l'appréciation d'une preuve portant sur des questions scientifiques ou techniques» : J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 8, n° 459, p. 169. «[...] Dans ces circonstances, on peut comprendre que les tribunaux cherchent à obtenir le plus d'aide possible de ceux qui peuvent être qualifiés d'experts. Ils peuvent donner un autre éclairage sur une preuve qui autrement serait de valeur négligeable [...]» : R. c. B. (G.), (1990) 2 R.C.S. 30, 38.

tribunal est investi de la compétence nécessaire pour en disposer⁶¹. En conséquence, l'expert ne peut se prononcer sur la question finale que si elle concerne une question de fait⁶².

La distinction entre le droit et les faits a donc pour effet de limiter l'objet de l'expertise. Cette première limite comporte un autre volet qui consiste à réserver le qualificatif «d'expert» aux situations où l'expert se fonde véritablement sur ses connaissances particulières⁶³. Autrement dit, la qualification «d'expert» dépend de la nature du témoignage que l'on rend et non pas de la qualité de la personne qui le rend. Cette distinction revêt une importance considérable, car en devenant un témoin ordinaire, l'expert sera soumis aux règles régissant le témoignage de celui-ci et perdra l'attribut le plus significatif du témoin expert, soit le pouvoir de rendre un témoignage d'opinion⁶⁴.

B) L'expertise restreinte par le secret professionnel

La plupart des professionnels intervenant dans des litiges faisant appel à une certaine connaissance du comportement humain sont soumis à l'obligation de ne pas divulguer une information obtenue dans le cadre d'une relation professionnelle avec le bénéficiaire.

61. *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, 415, où le tribunal a refusé d'entendre un expert au sujet des résultats obtenus par détecteur de mensonge pour le motif que dans «[...] notre système juridique [...] les juges et les jurys sont compétents pour déterminer la crédibilité et la fiabilité d'une preuve».

62. Ainsi, dans *Protection de la jeunesse-323*, [1988] R.J.Q. 1473, 1477 (T.J.), après avoir affirmé que les situations de compromission énoncées à l'article 38(g) de la *Loi sur la protection de la jeunesse* relèvent d'une appréciation factuelle et non juridique, le tribunal conclut : «Par conséquent, rien n'empêche le psychologue, en puisant dans son expérience professionnelle auprès des enfants, d'émettre son opinion sur le lien de causalité possible entre les perturbations diagnostiquées chez l'enfant et l'abus sexuel et de conclure que la cause de ce qu'il constate est ou n'est pas, selon lui, l'abus sexuel».

63. À ce sujet, voir : Daniel A. BELLEMARE, «L'homme de science devant les tribunaux», (1977) 37 *R. du B.* 465, 472.

64. *Ibid.*, l'auteur nous donne l'exemple d'un médecin qui serait appelé à témoigner d'un accident dont il a été témoin. Bien qu'expert en médecine, son témoignage ne sera pas celui d'un expert.

1. Les informations obtenues par l'expert protégées par le secret professionnel

Le droit au secret professionnel n'est pas un droit absolu. Avant de s'en prévaloir, une partie doit s'assurer de rencontrer les critères d'application et surtout, ne pas y avoir renoncé.

a) Les critères d'application du secret professionnel

L'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* a promu au rang de droit fondamental le secret professionnel. Cet article édicte que :

«Chacun a droit au respect au secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel».

Les conditions d'application énoncées dans l'article 9 démontrent clairement qu'il ne s'agit pas d'un droit absolu⁶⁵. Le critère essentiel, pour déterminer si la confiance faite à un professionnel est visée par l'article 9 de la Charte ou non, relève du type de relation qui existe entre ce dernier et le confident⁶⁶.

65. Voir, entre autres, *S.D. c. R.H.*, [1989] R.D.J. 390, 397 (C.S.); Nicole VALLIÈRES, «Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec», (1985) 26 *C. de D.* 1019, 1030, où il est énoncé que le secret professionnel ne s'applique que dans une relation professionnelle, qu'il ne protège que le client et que celui-ci peut y renoncer.

66. Léo DUCHARME, «Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne», (1984) 44 *R. du B.* 955, 959 : «[...] Si l'information recueillie doit servir à une autre fin que la prestation de services d'ordre personnel au confiant, l'obligation de confidentialité, même lorsqu'elle résulte de la loi, ne peut être considérée comme un secret professionnel». Ainsi, dans *Protection de la jeunesse-435*, [1990] R.D.F. 297, 300 (C.Q.), on a refusé de délier un professionnel de son secret pour protéger les déclarations qui lui ont été faites dans le cadre d'un suivi psychologique ordonné par le tribunal et ce, afin que cette ordonnance puisse être exécutée dans un climat d'entière confiance.

b) La renonciation volontaire au secret professionnel

On peut renoncer de façon expresse ou implicite au secret professionnel⁶⁷. La renonciation expresse ne pose pas de problème. Le bénéficiaire du droit au secret manifeste clairement son intention de ne pas s'en prévaloir. La renonciation implicite résulte de l'attitude de la personne. Le consentement à une évaluation psychosociale, ou le dépôt d'un rapport⁶⁸, est interprété comme une renonciation tacite au secret professionnel⁶⁹. L'obligation de se soumettre à une expertise entraîne le même résultat⁷⁰ puisque, dans l'un et l'autre cas, les conditions pour invoquer le secret professionnel n'existent pas⁷¹.

La renonciation au secret professionnel affecte toutes les expertises subséquentes ayant un lien avec la première⁷². De plus, une fois délié du secret, l'expert peut venir témoigner en utilisant l'évaluation qu'il avait préparée pour une autre affaire⁷³.

67. Jean-Pierre SENÉCAL, *Droit de la famille québécois*, Montréal, Publications CCH/FM ltée, 1985-1991, P54-220.

68. *Ibid.*

69. Voir *Protection de la jeunesse-295*, [1988] R.J.Q. 218, 220 (T.J.); *Protection de la jeunesse-435*, précité, note 66, 299; Bernard GRATTON et Alexandra DRAGOMIR, «Aspects juridiques concernant la preuve de l'existence d'abus sexuel en matière de protection de la jeunesse, familiale ou criminelle», (1993) 23 *R.D.U.S.* 305, 329.

70. *Droit de la famille-1922*, J.E. 94-260 (C.Q.), p. 7, où le tribunal mentionne clairement : «Avant tout, il faut comprendre que l'évaluation psychologique ordonnée par le Tribunal au sens de l'article 87 L.P.J. n'est couverte par aucun secret professionnel».

71. Dans *Protection de la jeunesse-483*, [1991] R.D.F. 239, 241 (C.Q.), le tribunal refusa de protéger les informations obtenues par le professionnel alors que le père s'était soumis à l'ordre du tribunal lui enjoignant de se soumettre à une évaluation psychologique. Le tribunal motive sa décision ainsi : «Or, dans le cas de la fille, le père a reçu un ordre du Tribunal. Il n'était donc pas un «client» qui a requis ou choisi le professionnel. Il n'était pas un «patient» car il n'était d'aucune manière en relation d'aide par ce professionnel. Il n'était pas en consultation. Il n'avait aucune obligation contractuelle avec le professionnel. Il ne pouvait pas demander au professionnel ou lui ordonner de garder une certaine information secrète ni le professionnel pouvait-il lui garantir la confidentialité, car il devait faire rapport au Tribunal».

72. *Protection de la jeunesse-432*, précité, note 34, 8, où il est dit : «En se soumettant à la première expertise, le père a tacitement renoncé au secret professionnel en relation avec cette expertise ou avec toute contre-expertise qui en résulte.»

73. Voir à ce sujet : *Protection de la jeunesse-483*, précité, note 71.

2. Les informations non soumises au secret professionnel

Toutes les informations que détient une personne, liée par le secret professionnel, ne sont pas nécessairement protégées⁷⁴. Ainsi, les faits physiques constatés par un professionnel pendant une entrevue ne sont pas considérés comme des renseignements confidentiels protégés par la Charte. Il en est de même des opinions qu'il se fait à partir de ses propres constatations et qui ne sont pas fondées sur des confidences qui lui auraient été faites⁷⁵.

Section 2 : Les limites inhérentes à la science

La science n'est pas infaillible. Elle est limitée, d'une part, par la validité des tests eux-mêmes et, d'autre part, par des facteurs humains, telles les conceptions du professionnel et l'attitude de la personne soumise à ces tests.

A) Les limites intrinsèques à la validité des tests

Il arrive souvent qu'une expertise soit mise de côté parce que le tribunal n'est pas convaincu du principe fondamental⁷⁶ sur lequel elle est fondée. Ainsi, la Chambre de la jeunesse, à la suite d'une entrevue faite par un psychologue avec des poupées sexuées, s'interroge sur la validité de tels tests :

«[...] comment le juge peut-il déterminer la pertinence de ces éléments de preuve et en évaluer «les qualités de gravité, de précision et de concordance», s'il n'est pas éclairé quant à la validité du principe fondamental, quant à la fiabilité de la technique et enfin quant aux conditions d'application requises pour garantir des résultats probants?»⁷⁷.

74. J.-P. SENÉCAL, *op. cit.*, note 67, P54-220.

75. Dans l'affaire *Protection de la jeunesse-197*, [1985] T.J. 2025, 2031, il s'agissait de déterminer si le psychiatre était lié par le secret professionnel. Le tribunal a répondu négativement pour le motif que «[...] les informations apportées par le jeune lors de l'entrevue, que ses attitudes et ses comportements ne sont pas des faits «révélés» au sens de l'article 9 de la Charte».

76. La validité du principe fondamental est l'un des trois critères que l'opinion d'un scientifique doit rencontrer afin d'être crédible. Les deux autres critères sont les suivants : il faut établir la valeur probante de la technique appliquant le principe et, ensuite, il faut prouver l'application convenable de cette science au cas concret en litige : Pierre PATENAUE, «De la recevabilité des preuves fondées sur des techniques non consacrées par la communauté scientifique», (1983) 43 *R. du B.* 51.

La compétence de l'expert et la rigueur dont il fait preuve dans l'application des tests peuvent également influencer les résultats. En effet, lors de l'examen ou de l'évaluation, l'expert prend pour acquis certaines prémisses qui vont souvent influencer ses conclusions. Ainsi⁷⁸, lors d'un examen gynécologique visant à établir s'il y avait eu abus sexuel ou non, le médecin découvre une encoche au niveau de l'hymen de la fillette. De ce fait, il a conclu catégoriquement que cette déchirure ne pouvait être causée que par un abus sexuel. Son témoignage fut contredit par un psychologue qui témoigna que cette déchirure pouvait être causée par des activités masturbatoires chez de jeunes enfants.

Le type d'évaluation privilégié par l'expert comporte en lui-même certaines limites. Ainsi, les résultats provenant d'une évaluation microscopique⁷⁹ nous permettent de connaître le fonctionnement mental d'un individu, mais ils ne permettent pas d'évaluer les interactions avec les autres membres de sa famille⁸⁰, et tout ce qu'il pourrait en dire ne serait que pure théorie⁸¹. D'un autre côté, l'évaluation macroscopique est de loin l'approche la plus appropriée en matière familiale. Elle permet à l'expert de prendre connaissance des relations qu'un individu entretient avec son milieu et d'évaluer chacun des individus tout en ayant une approche plus globale⁸².

77. *Protection de la jeunesse*-329, [1988] R.J.Q. 1739, 1748 (T.J.).

78. *Protection de la jeunesse*-634, J.E. 93-1296 (C.Q.), p. 15.

79. Pour une étude plus approfondie de ce type d'évaluation, voir : Luc MORIN, «Les techniques d'évaluation de l'intervenant psycho-social devant le Tribunal de la jeunesse et la Cour supérieure», (1981) 11 *R.D.U.S.* 591, 593-596.

80. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est apte à consentir à des soins médicaux. À cet effet, voir : *Hôpital Charles-Lemoyne c. Forcier*, [1992] R.D.F. 257 (C.S.); *Douglas Hospital Center c. T. (C.)*, précité, note 39; *Hôpital St-Charles-Borromée c. G. (G.)*, précité, note 39.

81. L. MORIN, *loc. cit.*, note 79, 594-595, où l'auteur illustre ce propos.

82. L'affaire *X. c. Z.*, précitée, note 3, 509, est un excellent exemple de ce type d'évaluation. Le tribunal mentionne que l'expertise qui lui est présentée est très bien conçue puisqu'elle analyse «la situation familiale actuelle des parties, l'évolution de leur situation conjugale, le profil de la requérante, de l'intimé et des enfants [...]».

B) Les limites concernant les variables incontrôlables

Nous qualifions ces variables d'incontrôlables parce qu'elles sont indissociables de la nature humaine. Elles font appel aux convictions personnelles de chacun.

1. Les conceptions du professionnel

Dans l'appréciation d'une expertise, il est indispensable de connaître les croyances auxquelles le professionnel adhère⁸³. Les préjugés du professionnel peuvent être inhérents à sa profession. À ce sujet, M^e Boisclair écrit :

«Les sciences psychosociales ne sont pas des sciences exactes et les spécialistes pratiquant les expertises peuvent avoir des conceptions différentes. Aussi, il nous paraît utile, voire même essentiel, que l'avocat puisse contre-interroger l'expert sur sa façon de procéder, sur ses recommandations et les faits sur lesquels il s'appuie pour justifier son rapport»⁸⁴.

Dans les domaines où l'expertise relève d'une appréciation subjective, les préjugés de l'expert risquent de venir teinter ses conclusions. Ce phénomène est courant en matière d'abus sexuels. Ainsi, le spécialiste qui entreprend son investigation avec la croyance voulant que les enfants ne mentent jamais lorsqu'ils révèlent qu'ils sont victimes d'abus sexuels⁸⁵, s'enferme dans des préjugés qui l'empêchent d'étudier toutes les possibilités susceptibles d'expliquer les déclarations de l'enfant à ce propos. Il est victime de l'effet appelé «Rosen-thal», qui est le phénomène par lequel l'observateur qui attend ou anticipe un

83. Un exemple suffira pour vous en convaincre. Il s'agit d'une affaire où il faut déterminer si l'habitude de la mère consistant à embrasser sa fille sur les parties génitales constitue un abus sexuel. Les experts sont divisés, certains y voient un abus alors que d'autres n'y voient que «des gestes d'intimité affective entre une mère et son enfant», *Protection de la jeunesse*-380, [1989] R.J.Q. 1037, 1044 (C.Q.).

84. C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 49, p. 164.

85. Hubert VAN GIJSEGHEM, «L'enfant témoin : facteurs cognitifs», dans *L'enfant abusé : psychologie et droit* (1992), Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1992, p. 27, à la page 36. L'auteur explique que «la connaissance qu'a l'enfant de la sexualité, et les fantasmes qu'il entretient autour de ce thème, sont immensément plus diversifiées et élaborées que l'adulte le plus libéral pourrait bien imaginer.»

résultat a de bonnes chances de le trouver⁸⁶.

2. L'attitude de la personne soumise à l'expertise

L'expertise portant sur le comportement humain oblige à prendre en considération les aléas psychologiques, et plus particulièrement lorsqu'il s'agit de jeunes enfants. Deux facteurs affectent les propos d'un enfant. Il y a d'abord sa mémoire qui n'a pas encore atteint sa pleine maturité, ce qui le rend vulnérable à la suggestion⁸⁷. Ensuite, l'enfant très influencé par l'adulte qui le questionne, sera tenté de se conformer à ses attentes en répondant à ses questions⁸⁸. L'expert ou le juriste qui aura à évaluer ou à questionner un enfant doit éviter d'influencer l'enfant de quelque façon que ce soit s'il désire obtenir un récit véridique⁸⁹. De plus, le déroulement de l'expertise contient en lui-même du matériel suggestif telles des images, des poupées sexuées ou des questions suggestives. Ce matériel vient colorer son récit et il a souvent pour effet de le modifier de telle sorte qu'il lui sera impossible de recouvrer l'information d'origine⁹⁰.

86. Dans *Protection de la jeunesse-659*, [1994] R.J.Q. 236, 246 (C.Q.), la cour, traitant de la difficulté du rôle du travailleur social en tant qu'expert, reprend les propos du psychologue Hubert Van Gijseghem et énonce ce qui suit : «Le travailleur social a un mandat : il doit protéger l'enfant potentiellement en danger. Il entreprend donc son travail avec un postulat opposé à celui du représentant du système judiciaire : quand il y a un signalement, il faut croire au départ qu'il y a abus, car il ne peut se permettre de ne pas agir dans un vrai cas d'abus».

87. Luc MORIN et Claude BOISCLAIR, «La preuve d'abus sexuel : allégations, déclarations et l'évaluation d'expert», (1992) 23 R.D.U.S. 27, 36.

88. H. VAN GIJSEGHEN, *op. cit.*, note 85, p. 27, à la page 34.

89. Pour des exemples d'interrogatoires suggestifs, voir : *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701, 2705 (T.J.), où le psychologue questionne l'enfant lors d'une entrevue; *Protection de la jeunesse-468*, [1991] R.D.F. 94, 95 (C.Q.), où c'est la gardienne qui a interrogé l'enfant; *Protection de la jeunesse-659*, précité, note 86, où on relate l'interrogatoire de l'enfant devant le tribunal.

90. H. VAN GIJSEGHEN, *op. cit.*, note 85, p. 27, à la page 34. L'arrêt *Protection de la jeunesse-578*, J.E. 92-1710 (C.Q.), illustre ce problème. Dans cette affaire, on soupçonnait le père d'avoir abusé de ses deux fillettes. Au début de l'enquête, celles-ci nient catégoriquement les abus, mais les intervenants continuent de poser des questions. Plus tard, l'enquêteur remet à l'une d'elles un livre sur «le secret». Quelques jours plus tard, elle avoue avoir été victime d'abus sexuels. Sa soeur, de son côté, dénoncera l'abus sexuel après avoir suivi quelques séances de thérapie pour enfants abusés sexuellement. Le tribunal se questionne alors sur l'opportunité de faire suivre de telles thérapies alors que l'abus n'est pas encore prouvé. Cet arrêt illustre bien à quel point les enfants peuvent parfois être soumis à

Plusieurs autres facteurs peuvent intervenir dans le processus de l'expertise. En effet, autant l'adulte que l'enfant seront influencés par le délai écoulé depuis la survenance des faits. Leur âge, leurs expériences respectives et leur réceptivité pourront également influencer sur les conclusions de l'expertise. Ainsi, l'enfant placé dans un contexte de divorce pourra être confronté à un conflit de loyauté qui le poussera à agir dans l'intérêt d'un seul de ses parents⁹¹. L'adulte, lui, pourra souffrir du syndrome de l'aliénation parentale qui pourra modifier sa perception des événements⁹².

Section 3 : La conciliation du droit et de la science

La science et le droit ont tous les deux comme objectif la recherche de la vérité. Cependant les deux procèdent différemment. Il est donc important de connaître ces différences pour intégrer correctement les données scientifiques au domaine juridique.

Le scientifique, dans sa quête de la vérité, utilise comme référence la règle générale alors que le juriste doit la rechercher dans le cas d'espèce⁹³. Pour le premier, la vérité repose sur une base objective et vérifiable, alors que pour le second, elle est fondée sur des éléments fugaces⁹⁴. De plus, l'appréciation de la probabilité est la difficulté la plus considérable survenue depuis l'acceptation de l'expert dans les cours de justice⁹⁵. Il faudra donc sensibiliser l'expert au fait que le degré de certitude requis en droit est moins exigeant que celui requis en science afin que celui-ci en tienne compte dans ses interventions⁹⁶.

la suggestion.

91. *Protection de la jeunesse-622*, J.E. 93-968 (C.Q.), où l'on relate que l'enfant en conflit de loyauté est plus sensible à la suggestion.

92. Pour un exemple, voir *Droit de la famille-1717*, précité, note 40.

93. Charles D. GONTHIER, «Le témoignage d'experts : à la frontière de la science et du droit», (1993) 53 *R. du B.* 187, 194; voir également : Daniel JUTRAS, «Expertise scientifique et causalité», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1992), p. 897, à la page 903.

94. C.D. GONTHIER, *ibid.*

95. Katherine LIPPEL, «L'incertitude des probabilités en droit et en médecine», (1992) 22 *R.D.U.S.* 445; voir également : D. JUTRAS, *op. cit.*, note 93, pp. 904 et suivantes.

96. Ainsi, la Cour suprême fait une mise en garde importante en ce qui a trait à la distinction entre probabilité juridique et probabilité scientifique dans l'affaire *Snell c. Farrell*, (1990) 2 R.C.S. 311, 330, «[...] il n'est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à l'appui de la théorie de la causalité du demandeur. Les experts médicaux déterminent habituellement l'existence de causalité en des termes de certitude, alors qu'une norme

DEUXIÈME PARTIE : L'INFLUENCE DE L'EXPERTISE SUR L'ADJUDICATION D'UN LITIGE EN MATIÈRE FAMILIALE

L'expertise doit au préalable être reçue par les tribunaux pour lui reconnaître des effets. En effet, il faut distinguer la recevabilité de la preuve par expert de son admissibilité. Les auteurs J.-L. Baudouin et Y. Renaud écrivent à ce sujet :

«Il y a lieu de distinguer l'admissibilité d'une preuve par témoins de la réception d'une telle preuve. Admettre la preuve testimoniale est juger qu'elle est valablement introduite, tout en lui attribuant plus ou moins force probante. Recevoir la preuve testimoniale, est accepter de l'entendre sans nécessairement décider immédiatement de sa légalité»⁹⁷.

Il faut comprendre ici qu'on parle de la légalité au niveau de la recevabilité de la preuve, c'est-à-dire de l'introduction valable d'une preuve. Il n'est pas question de «légalité» au niveau de l'admissibilité puisque le juge n'apprécie alors pas la «légalité» de la preuve, mais bien sa valeur probante.

Ces deux étapes sont clairement définies, tant au niveau de la doctrine que la jurisprudence, mais ces dernières emploient parfois les termes «recevabilité» et «admissibilité» comme synonymes⁹⁸ pour déterminer si la preuve est

inférieure est exigée par le droit». Dans l'affaire *Droit de la famille-1618*, précitée, note 39, 6, le tribunal se questionne en ces termes quant à la pertinence d'une question posée à un psychiatre faisant appel à la «certitude médicale» : «It is difficult to see how a question to a psychiatrist as to the «certitude médicale» of the evidence given by another psychiatrist and a psychologist can be relevant, particularly when the expert had never seen the respondent. Of what relevance is «certitude médicale» when that is not the standard of proof required in a civil suit?»

97. Jean-Louis BAUDOUIN et Yvon RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, vol. 4, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1990, p. 124, sous l'ancien article 589 C.c.Q. Déjà en 1947, dans *G. c. P.*, [1947] B.R. 99, 101, le juge Pratte énonçait en ces termes la distinction entre la recevabilité et l'admissibilité d'une expertise en déclarant : «La réception d'une preuve n'implique pas nécessairement son admissibilité. Une preuve à laquelle il y a eu objection n'est définitivement admise que lorsque le juge en tient compte pour en tirer des conséquences; jusque-là, elle n'est que reçue».

98. Voir, par exemple, *Protection de la jeunesse - 605*, précité, note 38, où on se demandait si le témoignage d'un témoin expert portant sur le comportement général et les caractéristiques psychologiques des enfants victimes d'abus sexuels était «admissible» en preuve. Le tribunal en est venu à la conclusion que le témoignage de l'expert était un témoignage pertinent et

recevable et non pas si elle est probante. Si l'admissibilité est synonyme de force probante, elle ne peut être synonyme de recevabilité, d'où l'intérêt de faire le point. Nous croyons utile de conserver la distinction énoncée par les auteurs J.-L. Baudouin et Y. Renaud.

Pour les fins de notre exposé, la recevabilité signifie accepter d'entendre l'expert ou accepter le dépôt de son expertise, tandis que l'admissibilité c'est donner effet au témoignage ou au rapport en déterminant le degré de force probante de cette preuve. Donc,

«[...] de façon générale, le problème de l'expertise n'existe pas vraiment au niveau de sa *recevabilité*, mais plutôt, comme l'indique la Cour suprême, au niveau de son *admissibilité* qui soulève la question de la *valeur probante* à accorder à l'opinion de l'expert»⁹⁹.

CHAPITRE I : LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE PAR EXPERT

Le tribunal n'acceptera d'entendre une preuve par expert qu'à certaines conditions et ce n'est qu'une fois celles-ci respectées que l'expert pourra témoigner sur les faits du litige et qu'il pourra éventuellement influencer le sort du litige. Après avoir précisé ce qu'il faut entendre par «recevabilité», nous aborderons les conditions de recevabilité et de forme de la preuve par expert.

Section 1 : La notion de recevabilité de la preuve par expert

La Cour suprême a précisé le rôle du témoin expert en ces termes :

«Quant aux questions qui exigent des connaissances particulières, un expert dans le domaine peut tirer des conclusions et exprimer son avis. Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite

«recevable». Voir également *Droit de la famille - 1910*, J.E. 94-175 (C.S.); *MIUF-12*, [1988] R.D.J. 455 (C.S.); *Protection de la jeunesse-323*, [1988] R.J.Q. 1473 (T.J.); *Protection de la jeunesse-539*, [1992] R.J.Q. 1144 (C.Q.); J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 8, n° 460, p. 169.

99. L. MORIN et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 87, 63; de même, dans *Mathieu c. Beauceville (Corp. de la Ville de)*, J.E. 93-594 (C.S.), on affirme que le témoignage de l'expert est soumis à l'appréciation du juge et c'est alors sa force probante qui est en cause, et non sa recevabilité.

que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler»¹⁰⁰.

Les tribunaux ont donc établi clairement qu'une preuve d'expert n'est recevable que lorsque la preuve profane ne suffit pas, c'est-à-dire quand les faits sont trop complexes pour être résolus par une personne ayant des connaissances ordinaires¹⁰¹. Le tribunal doit donc, avant de déclarer recevable une preuve d'expert, constater la nécessité d'un éclairage particulier sur la question à trancher¹⁰².

Section 2 : Les critères de recevabilité de l'expertise

La recevabilité d'une expertise est subordonnée à deux conditions : d'une part, elle doit être nécessaire à la compréhension des faits du litige et, d'autre part, elle doit être pertinente à celui-ci.

A) La nécessité de l'expertise

Le critère de la nécessité avait été clairement énoncé par l'honorable juge Dickson en 1982¹⁰³, lorsqu'il précisa que l'opinion de l'expert n'était pas nécessaire lorsque le juge peut tirer ses propres conclusions à partir des faits

100. *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 42. Voir au même effet Léo DUCHARME, «La prohibition du ouï-dire et les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils auraient été victimes», (1987) 18 *R.G.D.* 563, 592; *R. c. Béland*, précité, note 61. Mentionnons que les principes énoncés en matière pénale s'appliquent en droit civil compte tenu de l'origine de nos règles d'administration de la preuve : J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 8, n° 469, p. 172.

101. RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ÉVALUATION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *La protection de la jeunesse, plus qu'une loi*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux et Ministère de la Justice, 1992, p. 121.

102. *R. c. Nielsen and Stolar*, (1985) 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Man.). Voir aussi Michael Newman HOWARD, Peter CRANE et Daniel A. HOCHBERG, *Phipson on evidence*, 14^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1990, n° 32-07, p. 804, qui écrivent qu'en Grande-Bretagne le recours à l'avis d'un expert doit être limité aux sujets sur lesquels la compétence pour se former une opinion ne peut être acquise que par des études spéciales ou par l'expérience.

103. *R. c. Abbey*, précité, note 100, 42. Voir également, dans le même sens, *Protection de la jeunesse-329*, précité, note 77, 1747; *R. c. Nielson and Stolar*, précité, note 102; L. MORIN et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 87, 62.

établis par la preuve¹⁰⁴. Le témoignage de l'expert est donc irrecevable s'il n'éclaire pas le tribunal.

Il revient au juge de décider quand des explications de personnes objectives et spécialisées, connaissant bien les règles de leur art, lui sont nécessaires pour comprendre les faits en litige. Signalons qu'une expertise peut être qualifiée d'«utile» lorsque le point de vue d'un spécialiste est intéressant, mais elle n'est pas indispensable au juge en mesure d'apprécier lui-même les faits. Il s'agit d'une expertise non nécessaire quoiqu'elle ait pu être utile¹⁰⁵. La restriction quant au témoignage des experts se comprend aisément : le juge étant le seul à avoir juridiction pour décider du litige, il n'a pas besoin d'entendre un spécialiste s'il est à même d'apprécier seul la preuve¹⁰⁶.

104. Récemment, le Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, *op. cit.*, note 101, p. 131, reprenait à son compte ce critère en ces termes : «Si par ailleurs, les parties et leur procureur, conscients de la gravité du processus et de ses séquelles, agissent en matière d'expertise avec respect, réserve et sobriété, on pourra espérer un usage plus restrictif et plus proche du critère de nécessité qui, de toute façon, régit la preuve d'expert. Rappelons qu'en effet, la jurisprudence a clairement établi qu'une preuve d'expert n'est admissible que là où la preuve profane ne suffit pas, c'est-à-dire quand les faits sont trop complexes pour être compris par l'homme ordinaire ou moyen».

105. J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 8, considère toutefois, au n° 460 de la page 169, l'utilité de l'expertise et non sa nécessité comme l'une des conditions de recevabilité du témoignage de l'expert.

106. Dans la décision *R. c. Scopelliti*, (1982) 63 C.C.C. (2d) 481 (C.A. Ont.), 499, la Cour d'appel de l'Ontario déclare : «[...] [That] evidence with respect to the other matters previously outlined did not fall within the proper sphere of expert testimony because it was superfluous and related to matters falling within the common stock of knowledge with respect to which the jurors were competent to form their own judgment». Déjà en 1931, dans *Village of Kelliher c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, 684, la plus haute instance judiciaire du pays avait clairement énoncé que pour faire l'objet d'une expertise, le sujet doit être tel que les gens ordinaires sont incapables de formuler un jugement correct s'ils ne sont pas assistés par une personne qualifiée.

B) La pertinence de l'expertise

Il existe en matière de preuve un principe général selon lequel une preuve doit être pertinente pour être recevable¹⁰⁷. L'expertise, en tant que moyen de preuve, ne fait pas exception à cette règle. Le professeur Ducharme a défini ainsi la pertinence :

«Pour déterminer la pertinence d'un élément de preuve, il faut l'apprécier au regard de l'objet même du litige. De façon générale, on peut dire que tout élément de preuve qui tend à établir l'existence ou la non-existence du droit réclamé est pertinent.

[...] De façon générale, il est possible d'affirmer qu'il suffit qu'un fait présente un lien logique avec l'objet du litige et les questions incidentes qu'il soulève pour satisfaire au critère de la pertinence»¹⁰⁸.

On peut en déduire que la «pertinence» concerne la qualité ainsi que la proximité du lien entre le fait mis en preuve et le fait à prouver¹⁰⁹. Le tribunal doit ainsi se demander s'il existe un lien entre le sujet de l'expertise et la

107. La règle, qui sous le C.c.B.-C. était non écrite, est maintenant codifiée à l'article 2857 C.c.Q. en ces termes : «La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable». Nous discuterons plus loin de deux exceptions importantes à ce principe, soit la preuve par ouï-dire et le témoignage d'opinion : *Infra.*, Partie II, Chapitre II, pp. 49 et suivantes.

108. Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1993, n° 739, p. 244. À cet égard, l'arrêt *R. c. Cloutier*, [1979] 2 R.C.S. 709, 731 et 733, souvent cité, a établi que : «Pour qu'un fait soit pertinent à un autre, il faut qu'il existe entre les deux un lien ou une connexité qui permette d'inférer l'existence de l'un à raison de l'existence de l'autre. Un fait n'est pas pertinent à un autre s'il n'a pas par rapport à celui-ci une valeur probante véritable. [...] La pertinence d'un fait que l'on veut mettre en preuve doit évidemment s'apprécier en regard de la nature du litige et des diverses questions qui y sont en jeu». Commentant cette décision de la Cour suprême, le juge, dans *Protection de la jeunesse*, C.Q. Laval, 540-41-000183-888, p. 16 du jugement, s'exprimait ainsi : «Toute déduction de fait mis en preuve en l'absence de ce lien ou connexité ne serait que pure spéculation, conjecture ou soupçon».

109. C.D. GONTHIER, *loc. cit.*, note 93. L'honorable juge Godin, dans *Protection de la jeunesse*-539, précité, note 98, a effectué une analyse applicable à toutes expertises ou preuves scientifiques que l'on cherche à introduire en preuve lors d'une audition. Il s'agissait en l'espèce d'une preuve par pléthysmographe et le juge conclut que la recevabilité, mais surtout la valeur probante, dépendait de la possibilité d'inférer en toute logique une connexité entre les données recueillies et l'abus sexuel. La pléthysmographie est un test qui consiste à fixer un anneau autour du pénis afin de capter les variations de son volume et ainsi voir s'il réagit à certains stimuli.

question à trancher¹¹⁰. Notons que si le principe de la pertinence constitue un critère important pour décider de la recevabilité d'une preuve par expert, il l'est également pour déterminer le poids du témoignage de l'expert, une fois reçu en preuve¹¹¹. En dernier lieu, mentionnons que, dans le cadre d'une expertise psychosociale en matière familiale, on doit, d'après les Règles de pratique¹¹², démontrer la pertinence et l'opportunité de l'expertise.

Section 3 : Les conditions de forme de l'expertise

Les formalités préalables à la production d'une preuve par expert diffèrent selon que l'on se retrouve en matière familiale ou dans le contexte particulier de la protection de la jeunesse. Examinons les conditions de forme relatives à chacune de ces situations.

A) Les règles générales en matière familiale

Les expertises produites lors d'un litige en matière familiale sont généralement soumises à trois règles. Aucun expert ne peut être entendu sans que son rapport n'ait été préalablement déposé. De plus, le tribunal ne peut ordonner une expertise que si les parties y ont préalablement consenti et que son opportunité est démontrée.

110. On avait décidé, dans *Protection de la jeunesse-438*, J.E. 90-765 (C.Q.), que le témoignage de l'expert concernant le profil d'un parent abuseur ou d'un enfant abusé n'établissait pas un lien de connexité suffisant et ne tendait pas à établir s'il y avait eu, en l'espèce, une situation d'abus. Le témoignage du psychologue avait donc été déclaré irrecevable.

111. C.D. GONTHIER, *loc. cit.*, note 93, 187.

112. R.p.C.s. mat. fam., art. 23.3.

1. Le dépôt du rapport de l'expert

Le dépôt du rapport est l'une des formalités à respecter¹¹³ avant de permettre à un expert de témoigner¹¹⁴, tel que le prévoit l'article 402.1 C.p.c.¹¹⁵. À cette règle correspond deux exceptions. Premièrement, le tribunal peut, à sa discrétion et suivant les justifications de la partie en défaut, autoriser l'expert à témoigner sans l'accomplissement de cette formalité¹¹⁶, si l'inobservation de l'article 402.1 C.p.c. ne cause pas préjudice à l'autre partie¹¹⁷. Le juge peut également ajourner l'audition pour lui permettre de se conformer à la règle.

La deuxième exception a trait au dépôt du rapport d'un expert après la production du certificat d'état de cause. La permission du tribunal est également nécessaire et elle «ne sera accordée que dans des cas exceptionnels»¹¹⁸.

113. Les deux parties doivent savoir avant le jour du procès ce qui les attend (C.p.c., art. 397 à 403). Il s'agit d'une manifestation claire du législateur de son intention d'éviter que l'une ou l'autre des parties soit prise par surprise, de favoriser la divulgation de la preuve et un règlement, le cas échéant, et d'assurer que le dossier qui vient pour audition est complet.

114. L'amendement à l'article 402.1 C.p.c. en 1985 constitue un changement radical comparativement à l'ancien texte. Celui-ci n'empêchait pas un expert de témoigner verbalement devant le tribunal sur le contenu de son rapport, et ce même s'il y avait défaut d'observer la condition imposée par l'ancien article 402.1 C.p.c. Maintenant, nul expert n'est autorisé à témoigner à moins d'avoir produit son rapport écrit dans les délais prévus par les Règles de pratique.

115. Tel que modifié par la *Loi modifiant le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1984, c. 26, a. 18.

116. *Watson c. Sutton*, [1990] R.D.J. 175 (C.A.).

117. J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 8, n° 473, p. 174.

118. R.p.C.s. mat. fam., art. 17. De plus, le professeur J.-C. Royer, *op. cit.*, note 8, n° 473, p. 173, affirme que certaines décisions rendues, en vertu de l'article 294.1 C.p.c., s'appliquent *mutatis mutandis* à l'article 402.1 C.p.c. et que, conséquemment, le défaut de comparaître ou de plaider ne dispense pas le demandeur de se conformer à cette règle : *Bergeron c. Couture*, [1972] R.P. 422; *Stauber c. Coyle*, [1971] R.P. 191; Léo DUCHARME, «Le régime spécial des rapports produits en vertu de l'article 294.1 C.P.», (1980) 40 *R. du B.* 822. Le simple dépôt du rapport d'un expert est insuffisant si un avis et une copie ne sont pas signifiés à l'adversaire : *Beare c. Racine*, [1969] R.P. 188; L. DUCHARME, *op. cit.*, note 16, n° 417, p. 138.

2. La preuve de l'opportunité

Lorsque le litige implique des enfants mineurs¹¹⁹, le juge rendra une ordonnance d'expertise psychosociale¹²⁰ s'il est établi à sa satisfaction qu'il y a un début de preuve lui permettant de décider de son opportunité. En effet, l'article 23.3 des Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale en fait une condition impérative :

«Toute ordonnance d'expertise psychosociale est précédée d'une preuve permettant au tribunal d'en décider l'opportunité. Le juge demeure saisi du dossier à moins que pour des raisons d'ordre administratif, il ne s'en désaisisse expressément».

3. L'accord des parties

Dans les cas d'une expertise en vertu des Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale, par exemple dans les cas de garde et de droits d'accès, le juge doit préalablement obtenir le consentement des parties¹²¹ et celui de l'enfant s'il est âgé de quatorze ans et plus, avant de pouvoir ordonner qu'une expertise psychosociale soit faite. Le rapport terminé, le Service d'expertise psychosociale le transmet au juge saisi de la cause qui le transmet à son tour aux procureurs¹²². Le rapport de l'expert fait ensuite partie de la preuve et l'expert peut être appelé à témoigner¹²³.

B) Les règles particulières à la *Loi sur la protection de la jeunesse*

Les expertises faites sous l'empire de la *Loi sur la protection de la jeunesse* ne sont pas soumises à l'article 402.1 C.p.c. et aux articles 414 et suivants du

119. R.p.C.s. mat. fam., art. 23.1.

120. Suivant les articles 23 à 24 R.p.C.s. mat. fam. On aura alors recours au service d'expertise psychosociale de la Cour supérieure.

121. R.p.C.s. mat. fam., art. 23.2. Les parties doivent signer le consentement à l'expertise et le juge émettra par la suite son ordonnance.

122. R.p.C.s. mat. fam., art. 24.

123. R.p.C.s. mat. fam., art. 23.6.

C.p.c.¹²⁴. Notons, toutefois, qu'une certaine jurisprudence interprète de façon large l'article 85 L.P.J. et estime que les autres dispositions du Code de procédure s'appliquent et qu'il n'aurait pas pour effet d'exclure les autres dispositions compatibles¹²⁵.

1. Le principe : la situation de compromission

En matière de protection, l'enquête se déroule en deux temps. La première étape consiste à déterminer s'il existe une situation de compromission, tandis que la seconde étape concerne l'enquête sur les mesures à prendre à l'égard de l'enfant¹²⁶.

Lors de l'enquête sur la situation de compromission, la lecture de l'article 86 L.P.J. nous amène à conclure que le tribunal n'aurait pas le pouvoir d'ordonner, de sa propre initiative, une expertise ou une évaluation psychosociale¹²⁷. Il ne pourra le faire qu'au niveau de la deuxième étape, celle qui vise les mesures à prendre. Toutefois, en vertu du courant jurisprudentiel voulant que l'article 85 L.P.J. soit interprété largement, il semble que le tribunal pourrait demander, à cette étape, une expertise en se fondant sur le Code de procédure.

124. En effet, M^e J.-F. Boulais affirme, dans *Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté, op. cit.*, note 40, p. 318, que les règles édictées par ces dispositions, dont le fait que le témoin expert ne pourrait être entendu que si son rapport a été préalablement signifié aux parties, ne trouveraient pas d'application en matière de protection de la jeunesse parce qu'elles n'apparaissent pas dans l'énumération de l'article 85 L.P.J. et qu'elles sont jugées incompatibles avec les autres dispositions de la loi. Voir également : *Re Centre des Services sociaux du Québec*, [1980] R.P. 421 (C.S.); *Protection de la jeunesse-157*, J.E. 85-165 (T.J.).

125. Voir, entre autres, *Protection de la jeunesse-211*, [1986] R.J.Q. 1377 (T.J.), où le tribunal, prétextant que l'article 85 L.P.J. réfère à l'article 20 C.p.c., estime qu'il peut se référer aux autres articles du C.p.c. non prévus par l'article 85 L.P.J. Voir dans le même sens *Protection de la jeunesse-363*, [1989] R.J.Q. 206 (C.Q.).

126. Ainsi, dans *Protection de la jeunesse-139*, [1984] T.J. 2067, on ordonna l'hébergement en centre d'accueil d'un enfant jusqu'à la date de l'enquête au fond de la demande principale, mais le tribunal se déclara sans juridiction à ce stade des procédures pour ordonner une évaluation psychologique ou encore des recommandations en ce sens puisque la sécurité et le développement de l'enfant n'avaient pas encore été déclarés compromis.

127. Article 86 L.P.J. : «Avant de rendre une décision sur les mesures applicables, le tribunal doit demander au directeur de faire une étude sur la situation sociale de l'enfant. Le directeur peut, à sa discrétion, ou doit, si le tribunal le requiert, y joindre une évaluation psychologique ou médicale de l'enfant et des membres de sa famille ou toute autre expertise qui peut être utile [...]».

2. L'exception : le consentement des parties

Au niveau de l'enquête sur la compromission, les parties au litige sont les seules à pouvoir recourir aux services d'un expert¹²⁸. Il est également possible de recourir à la contre-expertise dans la mesure où elle est destinée à vérifier les conclusions d'une première expertise. En effet, les dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et la jurisprudence affirment qu'il est possible de demander une contre-expertise tant au niveau de l'enquête sur la compromission qu'à l'enquête sur les mesures de protection¹²⁹.

CHAPITRE II : L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE PAR EXPERT

Lorsque le juge a accepté de recevoir une preuve par expert, il doit par la suite décider de son admissibilité, c'est-à-dire du poids qu'elle aura dans l'adjudication du litige¹³⁰. Nous analyserons donc les différents facteurs qui interviennent pour en déterminer l'admissibilité.

Section 1 : La force probante de l'expertise

L'impact du témoignage de l'expert sur le litige peut être déterminant, alors

128. Ainsi, dans *Protection de la jeunesse-323*, précité, note 98, à l'étape d'établir s'il y a compromission de la sécurité et du développement de l'enfant, deux experts psychologues invités par le directeur de la protection de la jeunesse et par le père sont venus témoigner sur l'existence d'abus sexuels du père à l'égard de son enfant. Le tribunal s'est alors penché sur l'apport en preuve des témoignages contradictoires et des rapports écrits des psychologues entendus. De plus, les auteurs B. GRATTON et A. DRAGOMIR, *loc. cit.*, note 69, 331, soulignent que : «La *Loi sur la protection de la jeunesse* ne limite aucunement le nombre d'experts que peut présenter une partie. Chaque partie peut donc, à sa discrétion, présenter ou non une preuve d'expert dans le cadre de l'enquête sur compromission».

129. Voir, entre autres, *Protection de la jeunesse-432*, précité, note 34, où les parties s'étaient soumises à une évaluation psychologique demandée par le directeur de la protection de la jeunesse. La mère a procédé à une contre-expertise mais le père refusa de s'y soumettre. La compromission n'ayant pas été déclarée, le tribunal ne pouvait donc pas recourir aux articles 86 et 88 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* pour ordonner au père de s'y soumettre. Le tribunal fut toutefois d'avis qu'en vertu de la règle *audi alteram partem* et qu'étant donné que le père s'était déjà soumis à l'expertise du directeur de la protection de la jeunesse, il devait conséquemment se soumettre à la contre-expertise demandée par la mère. Chaque partie doit avoir la possibilité de répondre aux prétentions de l'autre, ce qui inclut la possibilité de la contredire.

130. Notons que le nouvel article 2845 C.c.Q. précise que «la force probante du témoignage est laissée à l'appréciation du tribunal».

que dans d'autres circonstances, le juge peut simplement le mettre de côté. Après avoir défini ce qu'on entend par force probante, nous allons étudier brièvement les facteurs les plus souvent retenus par les tribunaux pour déterminer la force probante d'une expertise.

A) La notion de force probante

La force probante est définie comme étant «la valeur ou la force de persuasion, voire de conviction que le tribunal accorde aux divers moyens de preuve qui lui ont été présentés au moment où il est appelé à évaluer la preuve»¹³¹. Celle-ci sera appréciée suivant les mêmes critères, qu'il s'agisse d'un témoin ordinaire ou d'un témoin expert¹³². Ainsi, la règle voulant que les témoignages se pèsent et ne se comptent pas s'applique également aux témoins experts. Il en résulte que ce n'est pas l'opinion soutenue par plusieurs experts qui sera nécessairement la plus probante, mais plutôt celle qui est la plus compatible avec l'ensemble de la preuve¹³³.

B) Les facteurs à considérer pour déterminer la force probante

Examinons succinctement les facteurs sur lesquels le juge s'appuie pour déterminer la valeur probante d'une expertise.

1. La crédibilité¹³⁴

Le juge pourra utiliser, pour déterminer la crédibilité du témoignage d'un expert, certains indices, telles l'intégrité générale et l'intelligence du témoin, ses facultés d'observation et la capacité de sa mémoire¹³⁵, c'est-à-dire sa capacité de

131. B. GRATTON et A. DRAGOMIR, *loc. cit.*, note 69, 341.

132. *Shawinigan Engineering Company c. Naud*, [1929] R.C.S. 341, 343 : «[...] la loi ne fait aucune distinction entre les professionnels et les autres témoins. Leurs témoignages doivent être appréciés comme les autres, et le tribunal est tenu de les examiner et de les peser comme toute autre preuve faite dans la cause.»

133. H. KÉLADA, *op. cit.*, note 8, p. 275.

134. On définit la crédibilité ainsi : «Caractère de ce qui peut être cru, de quelqu'un qui est digne de confiance» : Le Petit Larousse illustré, Paris, Larousse, 1992. Voir L. DUCHARME, *Précis de la preuve*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1993, n° 508, p. 168, qui énumère certains facteurs qui peuvent influencer sur la crédibilité et non pas sa recevabilité.

135. Ces propos sont cités dans : *Protection de la jeunesse-329*, précité, note 77, 1746.

rapporter fidèlement les faits.

La notion de crédibilité est intimement liée à celle d'impartialité. Le rôle de l'expert étant d'éclairer le tribunal, il doit faire preuve d'objectivité sans quoi le tribunal n'accordera que peu de poids à son opinion¹³⁶. Dans cette optique, le tribunal est justifié de rejeter le rapport d'un expert lorsqu'il est manifeste qu'il a pris position en faveur de la partie qui a requis ses services¹³⁷.

2. La qualification

Un témoin sera qualifié d'expert lorsqu'il aura démontré qu'il a acquis une compétence pertinente *dans le domaine nécessitant une expertise*, peu importe le moyen par lequel il a acquis ses connaissances¹³⁸. C'est la valeur probante du témoignage qui en sera affectée et non sa recevabilité¹³⁹ :

«L'opinion d'une personne compétente, expérimentée et impartiale est manifestement supérieure à celle du témoin qui possède peu de connaissances ou d'expérience ou qui a intérêt à favoriser un plaideur»¹⁴⁰.

3. Les méthodes utilisées

La validité des tests administrés est souvent mise en doute, notamment dans les cas d'abus sexuels, parce que certaines méthodes utilisées laissent une trop grande place à l'appréciation subjective alors que d'autres ne sont pas suffisam-

136. J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 8, n° 462, p. 170; *Paterson and Sons Ltd c. Mannix Ltd*, [1965] R.C.S. 180, 183, où le tribunal affirme que l'impartialité affecte seulement le poids du témoignage.

137. *Droit de la famille-1288*, [1989] R.D.F. 635, 640 (C.Q.).

138. H. KÉLADA, *op. cit.*, note 8, p. 269; ainsi, un psychologue qui travaille généralement avec des personnes souffrant de problèmes d'alcool ou de drogue ne sera probablement pas qualifié dans un cas d'abus sexuel. Voir aussi *MIUF-11*, [1988] R.D.J. 452 (C.S.) : «[...] même si le témoin n'a pas une formation académique d'épidémiologiste, son expérience professionnelle est suffisante pour qu'il soit admis à témoigner comme expert».

139. *Protection de la jeunesse-233*, précité, note 89, 2701, où le peu d'expérience de l'expert dans l'application des techniques des poupées sexuées est souligné et fait perdre la valeur de son expertise; voir également *Mathieu c. Beauceville (Corp. de la Ville de)*, précité, note 99 : «[...] il n'existe aucune règle qui permette au tribunal de refuser d'entendre un témoin expert parce que sa compétence d'expert n'a pas été établie [...]. C'est la valeur probante de son témoignage et non sa recevabilité qui est en cause».

140. J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 8, n° 478, p. 175.

ment concluantes¹⁴¹. Ainsi, les tribunaux sont réticents à accorder une certaine force aux expertises tendant à démontrer qu'un présumé agresseur ou une présumée victime correspondent à un profil type¹⁴². D'une part, aucune étude sérieuse n'a pu démontrer l'existence de traits suffisamment caractéristiques pour pouvoir s'y fier¹⁴³ et, d'autre part, il s'agit d'un profil abstrait alors que le juge doit décider en fonction d'un cas précis¹⁴⁴.

Un autre test fréquemment employé en matière d'abus sexuels est l'utilisation des poupées sexuées dans le processus d'évaluation. Depuis quelques années, la force probante d'un tel test a été remise en question. Effectivement, plusieurs études soutiennent qu'il ne constitue pas une preuve valable d'abus sexuels¹⁴⁵ puisqu'il ne semble pas y avoir de comportement typique chez les enfants victimes d'abus sexuels qui pourrait les différencier de ceux qui n'ont jamais été victimes de tels abus¹⁴⁶.

Notons, enfin, que quel que soit le test utilisé, il en existe plusieurs autres qui peuvent être appliqués à différentes situations¹⁴⁷ et dont l'impact sur la force probante dépend du lien de connexité entre cette méthode et le fait en litige¹⁴⁸. Toutefois, la compétence de celui qui l'administre et sa façon de procéder peuvent faire varier grandement l'importance d'une telle preuve.

141. *Ibid.*

142. Pour une étude plus détaillée sur ce sujet, voir L. MORIN et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 87, 50-52.

143. *Ibid.*

144. *Protection de la jeunesse-539*, précité, note 98, 1147, où le tribunal souscrit aux propos suivants : «Le tribunal n'a pas à statuer si ce père entre dans le cadre, la catégorie ou le profil d'un abuseur, mais bien de décider si le père en particulier et dans les circonstances qui sont soumises, a abusé de son enfant».

145. À ce sujet, voir : L. MORIN et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 87, 54-58.

146. *Ibid.* Voir aussi : Michel HUARD et Claire JODOIN-PILON, «L'expertise psychologique en situation d'abus sexuel», dans *L'enfant abusé : psychologie et droit (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1992, p. 1, à la page 11.

147. Tels les tests d'évaluation intellectuelle et d'évaluation de la personnalité. Pour une description de ces tests, voir : M. HUARD et C. JODOIN-PILON, *ibid.*

148. *Protection de la jeunesse-539*, précité, note 98, 1146-1147.

4. Les qualités de l'expertise

La façon dont s'est déroulée l'expertise peut avoir un impact déterminant sur son admissibilité. Les deux principales qualités que l'on retrouve dans une bonne expertise sont la rencontre de toutes les personnes impliquées dans le litige¹⁴⁹ et l'objectivité de l'expert lors de la passation des tests¹⁵⁰. En effet, le rapport d'un expert qui n'a pas rencontré toutes les personnes directement concernées par le litige sera incomplet et, par le fait même, moins probant.

Lorsque l'expertise comporte une appréciation subjective des résultats, l'expert doit s'assurer qu'il adopte une position neutre, sans quoi le tribunal pourra rejeter son rapport.

5. L'opinion du témoin expert

Contrairement au témoin ordinaire qui témoigne des faits dont il a eu personnellement connaissance, le témoin expert peut émettre une opinion en se basant sur des faits qui lui ont été racontés. Si ces faits sont contestés, son opinion se limitera alors aux différentes hypothèses possibles en l'espèce, à

149. L. MORIN et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 87, 68, écrivent à ce sujet : «*La condition essentielle pour faire une évaluation complète de la situation est de pouvoir rencontrer toutes les parties, incluant l'enfant, et non seulement une ou deux personnes*». Ils mentionnent également qu'en certaines circonstances, par exemple en matière de garde, il peut être nécessaire d'évaluer l'enfant dans son milieu afin que l'expert puisse être en mesure de témoigner personnellement et directement de ses observations, des faits ou autres preuves cliniques devant le tribunal.

150. Lors de l'étude des limites de l'expertise inhérentes à la science, nous avons signalé que l'enfant était très vulnérable à la suggestibilité et que, malheureusement, le déroulement de l'expertise comporte souvent du matériel suggestif. L'arrêt *Protection de la jeunesse-233*, précité, note 89, pp. 2709 et 2710, illustre bien ce danger. Dans cette affaire, l'expert avait utilisé des poupées sexuées lors de l'entrevue avec l'enfant et filmé celle-ci afin qu'elle puisse être visionnée par le tribunal. Ce dernier s'exprime ainsi quant à la valeur probante de ce vidéo : «On assiste là à un jeu fort dirigé avec des questions qui ne suggèrent non seulement les réponses, mais qui parfois les donnent. [...] le fait qu'il fut obligé de questionner de façon si suggestive et insistante pour obtenir les réponses [...] fait perdre aux réponses des enfants leur caractère spontané et, partant, ce qui fut dit par les enfants n'était plus des déclarations, ayant perdu leur caractère volontaire. [...] la façon dont les enfants ont été amenées à répondre fait perdre toute valeur probante au vidéo et au témoignage des enfants s'y retrouvant».

partir de questions hypothétiques¹⁵¹. Bref, la valeur probante de l'opinion donnée par l'expert varie selon que les faits sur lesquels elle est fondée sont prouvés ou non¹⁵².

6. Le témoignage sur les déclarations extrajudiciaires de l'enfant

En raison de son statut particulier, l'expert n'est pas soumis à l'interdiction du ouï-dire. Cette exception se manifeste différemment selon que l'on se trouve devant un tribunal de droit commun ou devant la Chambre de la jeunesse.

a) Devant le tribunal de droit commun

L'article 2870 C.c.Q. énonce une exception à la prohibition du ouï-dire¹⁵³. En effet, les déclarations extrajudiciaires d'un enfant inapte à témoigner sont admissibles en preuve si elles satisfont aux conditions de nécessité et de fiabilité¹⁵⁴. Il faut donc qu'il soit impossible ou déraisonnable de faire témoigner l'enfant, et les circonstances entourant ses déclarations devront donner des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. Lorsque ces deux conditions sont remplies, le témoin pourra relater en cour les propos de l'enfant et son témoignage fera preuve du contenu de ceux-ci. Par contre, le témoignage de l'enfant capable de rapporter les faits et qui comprend le devoir de dire la vérité devra, en vertu du nouvel article 2844 C.c.Q., être corroboré afin de faire preuve de son contenu.

b) Devant la Chambre de la jeunesse

En matière de protection de la jeunesse, l'exception à la prohibition du ouï-

151. D.A. BELLEMARE, *loc. cit.*, note 63, 478.

152. La Cour suprême dans *R. c. Abbey*, précité, note 100, 46, s'est exprimée ainsi concernant la nécessité de prouver les faits sur lesquels un expert s'est basé pour faire ses recommandations : «[...] c'est à tort que le juge a tenu pour prouvés les faits sur lesquels les médecins s'étaient fondés pour former leurs opinions [...]. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion».

153. La règle de la prohibition du ouï-dire est contenue à l'article 2843 al 2. C.c.Q.

154. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 134, n° 1314 à 1319, pp. 426-427; voir aussi : *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531. Il est à noter que l'article 2870 alinéa 3 C.c.Q. édicte que les déclarations «spontanées et contemporaines de la survenance des faits» sont présumées présenter ces garanties.

dire est prévue par l'article 85.5 L.P.J. qui stipule que la déclaration de l'enfant antérieure à l'instance est recevable pour faire preuve de l'existence des faits qui y sont allégués lorsqu'il est inapte à témoigner ou en est dispensé par le tribunal.

Toutefois, le témoignage de l'expert sur les déclarations extrajudiciaires de l'enfant devra, contrairement à l'exception prévue à l'article 2870 C.c.Q., être corroboré par d'autres éléments qui en confirmeront la fiabilité¹⁵⁵ afin de faire preuve de leur contenu. Notons, toutefois, que lorsque l'enfant témoigne à l'instance, l'article 85.5 L.P.J. ne s'applique pas et son témoignage n'a pas à être corroboré¹⁵⁶. Bref, sous la *Loi sur la protection de la jeunesse*, seul le ouï-dire doit être corroboré¹⁵⁷.

7. La confection du rapport : distinction entre les faits et l'opinion de l'expert

La qualité du rapport de l'expert est un facteur important susceptible d'influencer sa force probante. En effet, la lecture de la jurisprudence nous apprend que les juges sont plus réceptifs à une opinion d'expert lorsque celle-ci est bien articulée¹⁵⁸.

De plus, le rapport de l'expert qui distingue bien les faits, son interprétation et ses recommandations à partir des faits qu'il a constatés, sera généralement mieux accueilli par le tribunal. Un tel rapport permet au juge de vérifier si les conclusions de l'expert sont fondées sur des faits prouvés et il peut ainsi en mesurer aisément la force probante.

155. *Protection de la jeunesse-593*, J.E. 93-297 (C.Q.), pp. 30-32.

156. À cet effet, voir, entre autres : *Protection de la jeunesse-434*, précité, note 59, 1193; *Protection de la jeunesse-501*, [1991] R.J.Q. 1800, 1803 (C.Q.); *Protection de la jeunesse-659*, précité, note 86, 21; *Protection de la jeunesse-649*, J.E. 94-11 (C.Q.), p. 21.

157. L. MORIN et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 87, 43-49.

158. *Droit de la famille-1381*, précité, note 6, 133, donne un exemple d'une expertise «bien articulée». À ce propos, les auteurs L. Gélinas et B.M. Knoppers, *loc. cit.*, note 2, 74, énumèrent cinq éléments que devrait toujours contenir un rapport d'expert en matière familiale : «1) une évaluation psychologique et intellectuelle des parents et de l'enfant; 2) des entrevues avec toutes les personnes impliquées dans la cause; 3) une observation directe des interactions familiales; 4) si nécessaire, des rencontres avec les personnes appelées à côtoyer l'enfant : grands-parents, professeurs, etc.; 5) et finalement les conclusions cliniques tirées de l'ensemble de ces informations».

Section 2 : La contradiction entre experts

Le tribunal est souvent confronté à des témoignages et des rapports d'experts qui sont contradictoires¹⁵⁹, tant au plan des opinions qu'à celui des recommandations. Nous verrons tout d'abord les différentes raisons pouvant expliquer pourquoi des personnes compétentes et spécialisées ne sont pas du même avis, et nous ferons état des différents moyens dont dispose le juge pour pallier cette situation.

A) Les explications possibles des expertises contradictoires

Une des explications possibles aux expertises contradictoires résulte du défaut des experts de rencontrer toutes les parties concernées par le litige. L'expert qui ne rencontre les parties qu'individuellement ou ne les rencontre qu'ensemble peut, en certains cas, fournir au juge une opinion incomplète puisqu'elle ne tient pas compte de tous les facteurs pertinents. À cet effet, le professeur C. Boisclair note qu'en réalité, la «contradiction ne sera qu'apparente puisque les expertises n'auront pas évalué les mêmes facteurs»¹⁶⁰.

Les théories et conceptions professionnelles peuvent également amener des expertises contradictoires dont les conclusions peuvent être souvent influencées¹⁶¹ par l'éducation, le milieu de vie ou de travail qui finissent par affecter les conceptions partagées ou soutenues par les experts.

B) Les moyens à la disposition du juge en cas d'expertises contradictoires

Lorsque l'écart entre les rapports est considérable, il est possible pour le juge

159. Voir à titre d'exemples : *Protection de la jeunesse-323*, précité, note 98; *Droit de la famille-1288*, précité, note 137; *Protection de la jeunesse-548*, J.E. 92-801 (C.Q.); *Protection de la jeunesse-578*, J.E. 92-1710 (C.Q.).

160. C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 49, p. 159.

161. L. MORIN et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 87, 64 : «Celles-ci peuvent, dans certains cas, expliquer les contradictions, sans compter que l'interprétation des déclarations, des tests, des faits cliniques pourra conduire un expert à accepter, par exemple, que certains gestes à connotation sexuelle ne soient pas considérés comme abus sexuel, alors que pour un autre, les mêmes gestes en constituent un». Voir à titre d'exemples : *Protection de la jeunesse-380*, précité, note 83; *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 (C.Q.), où le tribunal est confronté à des expertises contradictoires quant à la commission d'abus sexuels.

de requérir l'avis supplémentaire d'un autre expert pour départager ces opinions¹⁶². Le rapport de cette contre-expertise ordonnée par le tribunal sera possiblement plus complet ou, à tout le moins, plus impartial puisqu'il sera demandé par le tribunal.

La seconde alternative qui s'offre au juge en cas d'expertises contradictoires consiste à s'en remettre à la preuve profane. L'analyse de la jurisprudence à ce sujet montre que les tribunaux n'hésitent pas à s'appuyer sur la preuve profane lorsque celle présentée par les experts est contradictoire¹⁶³.

Section 3 : Le degré de preuve requis pour donner effet à l'expertise

En matière civile, c'est la règle de la prépondérance des probabilités qui prévaut¹⁶⁴. Toutefois, le degré de probabilité a longtemps été l'objet de discussion en raison de la confusion entourant la variable du degré de probabilité. Cette dernière concerne l'appréciation de la qualité de la preuve à l'intérieur de l'opération de détermination de la prépondérance des probabilités¹⁶⁵.

Le degré de *prépondérance des probabilités* est inflexible, c'est-à-dire que le juge doit être convaincu à 51 % des prétentions d'une partie, alors que le *degré de probabilité* requis, pour donner effet à l'expertise, varie selon la gravité de

162. C.p.c., articles 414 et suivants.

163. À cet effet, voir notamment *Michaud c. Bergeron*, [1980] C.A. 246, où le juge trouve normal de faire entrer en ligne de compte le témoignage des témoins ordinaires puisqu'il n'avait aucune raison de faire prévaloir l'opinion des experts du défendeur sur celle des experts du demandeur. De même, dans *Protection de la jeunesse-207*, J.E. 86-384 (T.J.), le tribunal ne voyait pas la nécessité de départager les opinions contradictoires des experts ni la nécessité de nommer un autre expert conformément aux articles 414 et suivants du C.p.c. puisque la preuve apportée par les profanes permettait de conclure aux abus sexuels. Voir également *Droit de la famille-1661*, [1992] R.J.Q. 2479 (C.S.).

164. C.c.Q., art. 2804. Voir à ce sujet : *Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376, 380; *Mutuelle du Canada c. Aubin*, [1979] 2 R.C.S. 298; *Mercantile (Compagnie d'assurance) c. Pigeon*, [1966] R.L. 527 (C.S.); *Mignault c. Habel*, [1971] R.P. 337 (C.S.); *Sous-ministre du Revenu de la province de Québec c. Jobin*, [1971] C.S. 565; *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529 (C.S.).

165. Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurances*, t. 2, Sherbrooke, Les éditions SEM inc., 1992, p. 48; *American Home Ass. Co. c. Auberge des Pins inc.*, [1990] R.R.A. 152 (C.A.).

chaque situation¹⁶⁶, sans pour autant mettre en doute le critère de la prépondérance de la preuve¹⁶⁷. Ainsi, il n'y a pas de critère intermédiaire, comme la forte balance des probabilités, qui se situerait entre celui du droit criminel (hors de tout doute raisonnable) et celui du droit civil (la prépondérance de la preuve). La prépondérance est donc elle-même une conclusion ne souffrant pas de variable : elle existe tout simplement ou elle n'existe pas.

Section 4 : L'utilisation de l'expertise par les tribunaux

Les tribunaux se sont parfois montrés réticents à l'égard de l'expertise puisqu'ils craignaient que les experts décident du litige à leur place, leur faisant ainsi perdre le contrôle sur l'issue du litige¹⁶⁸. Ceux-ci acceptent aujourd'hui le principe de l'expertise, considérant qu'ils ont entière discrétion à l'égard de celle-ci. En effet, les tribunaux ont toujours la faculté de refuser ou d'accepter une expertise, n'étant en aucun cas liés par celle-ci¹⁶⁹, puisqu'il revient au juge seul d'apprécier la preuve¹⁷⁰. Une fois précisés les rôles de chacun au fil des années, l'expertise est reçue aujourd'hui comme un moyen pouvant aider le juge et non comme un substitut à son appréciation de la preuve.

-
166. La preuve faite selon la balance des probabilités peut donc comporter différents degrés de probabilités. Donc, si nous sommes en présence d'une allégation d'abus sexuels, le tribunal exigera une plus grande probabilité pour tenir comme prouvé l'abus, tout en jugeant du litige final selon la prépondérance de la preuve. La Cour suprême a d'ailleurs reconnu, dans *The Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co. Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 164, 170, que la norme de la prépondérance des probabilités pouvait comporter différents degrés.
167. C'est d'ailleurs ce que soutient la Cour suprême dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 137, de même que dans les arrêts suivants : *Bater c. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458, 459; *Protection de la jeunesse-558*, J.E. 92-1123 (C.S.); *Protection de la jeunesse-548*, précité, note 159, 40; L. DUCHARME, *op. cit.*, note 134, n° 148, p. 55.
168. Marie-Josée BLONDIN, Diane DÉSY, Francine DESROCHERS, Annette LE MONNIER, Carmen LUSSIER, «Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants», (1986) 46 *R. du B.* 105, 126 : «On constate, par ailleurs, que dans certains cas, les juges sont peu enclins à se servir de ces expertises. L'attribution de la garde étant de leur compétence, peut-être craignent-ils de se départir d'une partie de leurs pouvoirs en suivant les recommandations des experts».
169. *Shawinigan Engineering Co. c. Naud*, précité, note 132; *Donolo inc. c. St-Michel Realities Inc.*, précité, note 7; X. c. Z., précité, note 3; *Droit de la famille-527*, [1988] R.J.Q. 1945 (C.S.); *Droit de la famille-1632*, [1992] R.D.F. 524 (C.S.); H. KÉLADA, *op. cit.*, note 8, p. 99; Jean-Paul LANDRY, «De la preuve par expert : la jurisprudence», (1980) 40 *R. du B.* 652, 656.
170. Alain BERNARDOT, et Robert KOURI, *La responsabilité civile médicale*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1990, n° 27, p. 17.

**TROISIÈME PARTIE : POUR UNE MEILLEURE UTILISATION
DE L'EXPERTISE : CRITIQUES
CONSTRUCTIVES EN REGARD DU
DROIT ÉTRANGER**

Nos recherches en droit comparé nous ont confirmé l'intérêt du recours à l'expertise en raison des grandes similitudes entre le Québec, le reste du Canada et les États-Unis. En effet, la mise en oeuvre du droit à l'expertise est sensiblement la même dans les deux pays. Il n'en demeure pas moins que nous avons rencontré principalement trois difficultés auxquelles il serait possible d'apporter des correctifs. À cet effet, nous avons identifié certaines différences intéressantes provenant de certains États américains, plus particulièrement celui de la Californie, qui pourraient être incorporées au droit québécois afin de faire progresser et d'améliorer le rendement et l'efficacité de la preuve par un expert du Québec.

Aux États-Unis, cinq États sont considérés comme les précurseurs lorsqu'il s'agit d'intervention sociale¹⁷¹, alors que les autres ont plutôt tendance à suivre leur politique. L'État californien se retrouve au premier plan en raison de ses politiques d'avant-garde¹⁷². En effet, la Californie a démontré dans le passé la volonté de moderniser ses règles de preuve afin d'éviter l'injustice découlant de l'application trop rigide de celles-ci¹⁷³. Les tribunaux ont de plus senti le besoin de ne pas s'astreindre à appliquer des règles contraires à la logique et d'opter pour le pragmatisme et le bon sens dans l'application des règles de preuve¹⁷⁴.

171. Ces États sont respectivement la Californie, la Floride, Washington, le Colorado et le Connecticut.

172. Pour des raisons démographiques cependant, la Floride devient de plus en plus importante et pourrait bientôt surpasser la Californie.

173. *People v. Collup*, 27 Cal. App. 2d 829 (1946).

174. *California Bank v. Diamond*, 301 P. 2d 60 (1956); *Los Angeles v. Faus*, 312 P. 2d 680 (1957).

CHAPITRE I : L'IMPACT NÉGATIF D'UN TROP GRAND NOMBRE D'EXPERTISES

L'expertise en matière familiale se situe habituellement dans une période de crise qui provoque généralement de l'anxiété chez la personne concernée, particulièrement lorsqu'il s'agit d'un enfant, d'où l'importance de procéder à l'expertise avec diligence et professionnalisme afin d'être efficace et d'en limiter l'impact négatif.

Section 1 : Précisions sur la problématique de la multiplication des expertises

Le nombre élevé d'experts impliqués dans un dossier¹⁷⁵ paraît parfois inquiétant puisqu'une telle pratique se fait souvent au détriment de la personne qui est soumise à plusieurs évaluations en présence de divers intervenants¹⁷⁶. De plus, le nombre élevé d'experts ne sert pas les fins de la justice puisqu'il entraîne inévitablement des expertises contradictoires et, par le fait même, l'expert ne joue plus son rôle de guide auprès du tribunal.

Il ne serait toutefois pas approprié d'exclure l'expertise du débat contradictoire et de n'accorder qu'au tribunal seul le pouvoir de requérir une expertise¹⁷⁷. Cela porterait atteinte au droit fondamental des parties de faire valoir leurs prétentions de façon pleine et entière. De plus, même si la présence d'un seul expert faisait disparaître le problème des expertises contradictoires,

175. Dans l'affaire *Protection de la jeunesse-380*, précité, note 83, et *Protection de la jeunesse-380*, précité, note 164, pas moins de neuf experts furent entendus par la cour. Dans *Droit de la famille - 1242*, précité, note 2, alors que depuis 1985 dix-sept juges avaient été amenés à se pencher sur l'odyssée des parties dans ce dossier, l'enfant en était rendu à menacer son père : «Je vais le dire à Vermette (le psychologue)».

176. Les propos du tribunal dans *Protection de la jeunesse-380*, précité, note 83, 1043, sont révélateurs des effets néfastes d'une expertise gynécologique : «Si la justice a à s'améliorer au niveau de l'humanisation de ses rapports avec les gens, la médecine a à s'améliorer pour beaucoup dans son humanisation. Je veux dire : une enfant de cinq (5) ans qui se fait photographier avec diapositives, etc.... et des appareils si près, je veux dire : je n'ai pas de doute qu'il peut rester des marques chez un enfant.»

177. Comme le suggère D.A. BELLEMARE, *loc. cit.*, note 63, 483-485; voir D. JUTRAS, *op. cit.*, note 93, pp. 900-902, où l'auteur se prononce sur le problème des expertises contradictoires et sur les différentes solutions proposées. Pour sa part, l'auteur soutient que peu importe la solution envisagée, le problème des expertises contradictoires est inévitable.

cela pourrait toutefois priver le tribunal d'informations essentielles¹⁷⁸.

Section 2 : Le pouvoir du juge de limiter le nombre d'expertises

Le droit californien, qui accorde au juge le pouvoir de limiter le nombre d'experts, nous apparaît être la solution appropriée aux effets négatifs résultant d'un trop grand nombre d'expertise¹⁷⁹. La principale difficulté consiste à identifier les situations propices à une intervention du tribunal puisqu'il peut être difficile de décider quels témoignages sont superflus ou inutiles. Pour cette raison, le tribunal n'exclura généralement que les témoignages additionnels sur la même question ou sur le même fait controversé. Mentionnons que cette règle doit évidemment être appliquée aux deux parties afin qu'aucune ne soit injustement avantagée par son application.

Section 3 : Le rapport de l'expert tenant lieu de preuve en lieu et place de son témoignage

Il serait également possible de contrer les désavantages du grand nombre d'experts en s'inspirant d'une règle de droit de la Colombie-Britannique. Le *Evidence Act of British Columbia* suggère une alternative à la preuve par experts. Dans un premier temps, une partie peut déposer le rapport de l'expert afin qu'il fasse preuve de son contenu¹⁸⁰ et toute partie pourra appeler l'expert à venir témoigner en cour. Le droit au contre-interrogatoire est ainsi préservé. Dans un deuxième temps, une partie peut décider de faire témoigner l'expert et ce sera alors son témoignage qui fera preuve de son contenu en dépit du fait que son rapport, déposé préalablement, soit différent¹⁸¹. Il est important de souligner que la première possibilité est particulièrement intéressante puisqu'elle permet

178. *Protection de la jeunesse-649*, précité, note 156, 11, où le tribunal estime qu'il a été avantageux d'avoir l'opinion de plus d'un expert.

179. Cal. Evid. Code § 723 (1966). La solution californienne nous semble appropriée en ce qu'elle permettrait de limiter le nombre de témoins experts lorsque le tribunal serait satisfait de la preuve qui lui a été présentée. Ce faisant, cela permettrait au moins de freiner les abus qui ont pour effet d'augmenter la durée du procès et la complexité du litige. Mentionnons toutefois qu'en vertu de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.), c'est la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, qui s'applique et que le nombre de témoins est limité à 5 en ce cas.

180. *Evidence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 116, art. 10 (ci-après citée «E.A.»).

181. E.A., art. 11.

d'éviter des pertes de temps parfois considérables, tout en sauvegardant le droit à la contre-expertise.

CHAPITRE II : L'INCERTITUDE RÉSULTANT DE L'ABSENCE DE DIRECTIVES IDENTIQUES PRÉALABLES DONNÉES AUX EXPERTS

L'absence de directives adéquates données aux experts constituent l'une des principales causes des opinions divergentes¹⁸². En effet, les experts, ayant reçu des mandats différents, arriveront probablement à des conclusions différentes. Étant donné la diversité des questions auxquelles les experts peuvent être appelés à répondre, comme, à titre d'exemples : s'agit-il de droit d'accès ou de droit de garde? Faut-il déterminer si le parent a le profil d'abuseur ou s'il a effectivement abusé sexuellement son enfant¹⁸³? Il est conséquemment très important de circonscrire le mandat qu'on leur confie et de s'assurer qu'ils ont tous reçus les mêmes directives et qu'ils doivent tous se prononcer sur la même question. À cette fin, il serait opportun d'inclure un volet concernant la psychologie dans le cours de la formation des futurs représentants de l'enfant devant les tribunaux tel que recommandé récemment par le Barreau du Québec¹⁸⁴. Ces derniers seraient alors plus en mesure de donner un mandat clair aux experts et de distinguer une expertise pertinente au litige de celle qui ne ferait qu'encombrer le débat¹⁸⁵. Même si les experts reçoivent les mêmes directives, cela n'éliminera toutefois pas tous leurs désaccords, puisqu'ils pourront alors résulter d'une interprétation différente des directives ou de l'approche qu'ils auront adoptée¹⁸⁶, mais tous iront au moins dans la même direction afin de mieux servir les intérêts des parties et de l'administration de la justice.

182. C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 49, p. 159.

183. Paule LAMONTAGNE, «L'expertise psycho-légale au tribunal de la famille (Cour supérieure)» dans *Les enfants devant la justice - juges, avocats et experts témoignent*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1990, p. 257, à la page 262.

184. *La représentation des enfants par avocat*, Barreau du Québec, 1994, pp. 55 à 58, où l'on traite de la formation universitaire et professionnelle.

185. L. MORIN, *loc. cit.*, note 79, 604.

186. Voir à ce sujet le Chapitre III de la Partie I.

CHAPITRE III : LES TESTS SANGUINS DANS LES ACTIONS EN RECHERCHE DE PATERNITÉ

La dernière amélioration que nous proposons a trait à l'expertise sanguine. À cet égard, le *California Uniform Act on Blood Tests to Determine Paternity*¹⁸⁷ permet au tribunal d'ordonner à une personne de se soumettre à un test sanguin afin de déterminer la filiation d'un enfant¹⁸⁸. Les résultats de ce test ne seront toutefois admis qu'à une fin d'exclusion de paternité¹⁸⁹. Signalons, à ce propos, que d'autres États américains adoptent la même position (notamment le Connecticut et l'Ohio), tandis que d'autres en permettent l'utilisation autant aux fins d'exclure que d'établir la paternité (mentionnons le Colorado, l'État d'Hawaï, l'Indiana, le Dakota du Nord). Dans le Kentucky, la Louisiane et le Maine, le juge a discrétion pour admettre une telle preuve, sous réserve de certaines conditions.

Lorsque les tests concluent à la paternité, les tribunaux de la Californie ne les admettront pas en preuve, ils chercheront plutôt des indices dans le reste de la preuve¹⁹⁰. Nous croyons l'approche des États admettant en preuve l'expertise sanguine, qu'elle soit négative ou positive, plus réaliste et conforme au développement technologique qui rend ces tests certains à 99.8% lorsqu'il s'agit

187. Cal. Evid. Code § 895 (1968).

188. Contrairement à d'autres moyens de preuve qui sont susceptibles de faire l'objet d'interprétation, et conséquemment de résultats contradictoires, les résultats de tests sanguins sont difficiles à réfuter s'ils sont obtenus dans des conditions propices par des experts qualifiés.

189. En effet, le *California Act* a omis la disposition de l'*Uniform Act* (loi fédérale) qui prévoyait que la preuve des tests sanguins pouvait être admise en preuve pour établir la paternité. Cette disposition était la suivante : «If the court finds that the conclusions of all the experts, as disclosed by the evidence based on the [blood] tests, are that the alleged father is not the father of the child, the question of paternity shall be resolved accordingly. If the experts disagree in their findings or conclusions, the question shall be submitted upon all the evidence». Les tribunaux ont décidé que la législation ne permettait l'admissibilité des tests sanguins que pour exclure la paternité, puisque la disposition permettant l'admission en preuve des tests avait été omise délibérément. *Dodd v. Henkel*, 148 Cal Rptr 780 (1978).

190. À cet effet, notons que dans plusieurs États, dont la Californie, que les traits physiologiques de deux personnes peuvent être mis en preuve afin de servir d'indices de paternité. Il fut cependant décidé, au Colorado, que l'exhibition d'un enfant devant le tribunal afin de faire la preuve de leur ressemblance irait à l'encontre du droit à la contre-expertise puisqu'une telle preuve serait faite sans le concours d'un expert.

de déterminer la filiation d'une personne¹⁹¹. Il ne paraît donc plus justifié de distinguer la preuve positive de la preuve négative de paternité. Le législateur québécois devrait tenir compte des progrès scientifiques et permettre aux tribunaux d'ordonner une expertise sanguine dans la recherche de la paternité. Une prise de sang ne porte pas plus atteinte aux droits de la personne que l'alcotest lorsqu'il y va de l'ordre public. En effet, l'établissement de la paternité concerne l'ordre public puisqu'il libère l'État de l'obligation de pourvoir financièrement aux soins de l'enfant¹⁹². Il est grand temps que le principe de l'inviolabilité de la personne humaine cesse de servir de protection à un père présumé et cède le pas devant l'ordre public et l'intérêt de l'enfant à voir sa véritable filiation établie.

CONCLUSION

Plus personne ne songe aujourd'hui à remettre en cause l'expertise au sein du processus judiciaire, et plus particulièrement dans le domaine familial, notamment à cause d'un plus grand dévoilement de situations de compromission et de la mutation de la famille contemporaine. Les tribunaux n'hésitent plus à recourir à des spécialistes du comportement humain afin d'être informés de toutes les implications d'une situation pour prendre la meilleure décision.

La preuve apportée par l'expert doit toutefois être placée en perspective avec l'ensemble de la preuve. En effet, la science, et spécialement celle ayant pour objet l'étude du comportement humain, comprend certaines limites auxquelles les avocats, comme les juges, doivent être sensibilisés. Ainsi, la validité des tests utilisés, la nouveauté de la technique privilégiée, les conceptions et préjugés du professionnel ainsi que l'attitude de la personne soumise à l'expertise, sont autant de facteurs qui peuvent influencer les conclusions auxquelles arrive un expert. Certaines différences entre le droit et la science, dont le degré de certitude requis est la plus significative, peuvent également avoir une influence importante à la fois sur l'expertise et sur la prise de décision

191. «Le test d'ADN est de plus en plus utilisé pour déterminer la paternité», *La Presse*, Montréal, le 18 février 1994.

192. En Alberta, les mères célibataires réclamant l'aide sociale doivent subroger le gouvernement dans leurs droits de poursuivre le père afin que les services sociaux puissent lui réclamer une pension alimentaire pour et au nom de la mère. «Le test d'ADN est de plus en plus utilisé pour déterminer la paternité», *La Presse*, Montréal, le 18 février 1994.

par les tribunaux. C'est pourquoi le tribunal doit être attentif à ces distinctions parce qu'il lui appartient seul d'accepter ou de rejeter une expertise.

L'aide considérable apportée par les experts a réussi à vaincre les réserves que les tribunaux entretenaient jadis à leur égard. Toutefois, l'étude de la doctrine et de la jurisprudence montre que l'intérêt toujours grandissant pour l'expertise n'est pas sans engendrer certains inconvénients qui, sans remettre en cause le principe de l'expertise, justifieraient certaines modifications. La famille est une institution trop importante pour négliger de s'intéresser à tout ce qui est susceptible d'en favoriser la protection. C'est ainsi que le droit devrait adapter au contexte familial l'application de principes fondamentaux, tels le droit à l'inviolabilité de la personne humaine et le droit à la contre-expertise, afin de tenir compte des progrès scientifiques et techniques qui pourraient justifier de s'écarter de la règle de principe lorsqu'un intérêt supérieur est en cause.

L'un des principaux obstacles à surmonter est le phénomène de la multiplication des expertises. Bien que nous considérions comme indiscutable le droit à l'expertise, il y a lieu de proposer des règles pour circonscrire la portée de ce droit et limiter les inconvénients résultant d'un trop grand nombre d'expertises, telles l'augmentation du nombre des entrevues et la prolongation induite des délais. À cette fin, le tribunal devrait être investi expressément du pouvoir de limiter le nombre d'experts lorsqu'il en résulte des interventions peu utiles, n'apportant aucun élément nouveau dans le litige.

Un encadrement plus strict des spécialistes, appelés à intervenir dans un litige en matière familiale, constituerait une autre solution intéressante aux problèmes résultant de la multiplication des expertises. Dans cette perspective, les praticiens du droit en matière familiale devraient recevoir une formation particulière, dont certaines notions de psychologie, des connaissances de base sur les techniques les plus courantes d'évaluation, comme l'évaluation microscopique et macroscopique, afin de leur permettre d'apprécier si l'expertise est complète et de la contester si tel n'est pas le cas¹⁹³.

Le droit à l'expertise n'est pas le seul aspect qui devrait être réaménagé. Le

193. Ainsi, l'expert qui n'aurait rencontré qu'un seul des parents peut difficilement prétendre que seul ce dernier est apte à recevoir la garde d'un enfant puisqu'il n'a pas évalué les liens entre cet enfant et l'autre parent. Il en serait de même s'il n'avait pas rencontré l'enfant.

droit à l'inviolabilité de la personne humaine devrait comporter d'autres exceptions pour couvrir certaines hypothèses en matière familiale puisque l'application stricte de ce principe conduit, à l'occasion, à des situations pour le moins contestables. Il est difficile de comprendre, à la lumière du droit comparé, l'obstination du législateur qui refuse de rendre obligatoire l'expertise sanguine dans les actions en recherche de filiation. Cette dérogation est justifiée par un intérêt supérieur et il est douteux qu'un prélèvement sanguin puisse constituer une atteinte grave au principe de l'inviolabilité de la personne humaine. Si les réticences du législateur persistent, les tribunaux devraient, à tout le moins, être expressément autorisés à tirer une présomption défavorable du refus injustifié de se soumettre à une telle expertise. L'ordre public et l'intérêt social à ce que l'enfant connaisse sa filiation rendraient légitime une telle modification. Malgré l'entrée en vigueur d'un nouveau Code civil au début de l'année 1994, le législateur québécois accuse un retard sur plusieurs législations étrangères qui ont compris l'apport inestimable que peut constituer une expertise sanguine positive ou négative devenue aujourd'hui quasi certaine. Cette situation nous laisse perplexe, d'autant plus que dans certains domaines on accepte de déroger à l'inviolabilité de la personne humaine, notamment lorsque des intérêts pécuniaires sont en jeu. Le législateur aurait-il deux poids, deux mesures?

En terminant, il serait intéressant d'étudier la possibilité d'étendre le dépôt du rapport prévu pour les médecins à l'article 294.1 C.p.c. aux autres experts, tels les psychologues, les criminologues, les travailleurs sociaux, etc. sans que ceux-ci n'aient à témoigner¹⁹⁴. En effet, devant le grand nombre d'experts entendus dans certains dossiers, il y a lieu de chercher des solutions qui, tout en conservant le droit de chaque partie de faire valoir ses prétentions, permettraient de limiter les inconvénients découlant de l'exercice de ce droit. Les délais prolongés résultant de l'audition de témoins supplémentaires ne font, bien souvent, qu'augmenter la tension déjà existante au sein de la famille. Le droit comparé nous incite à proposer une telle modification législative qui contribuerait à limiter la durée des procès, et du même coup à faciliter les relations entre les membres d'une famille aux prises avec des problèmes émotifs et légaux. Toutefois, cette solution ne pourrait atteindre son objectif que dans

194. Les nouveaux articles 2869 à 2874 C.c.Q. concernent, à première vue, les déclarations faites à un expert et non les opinions de l'expert (voir, entre autres, 2873 et 2874 C.c.Q.).

la mesure où le rapport de l'expert est facilement accessible, au plan de la terminologie, aux avocats, aux juges et aux parties, sans quoi l'expert devra venir expliquer devant le tribunal le contenu et les conclusions de son expertise.

Les conséquences d'une «erreur judiciaire» dans le domaine familial peuvent avoir des répercussions catastrophiques sur la vie d'une famille, comme le tribunal le fait remarquer dans une affaire d'abus sexuels, qu'il est possible d'étendre à tout le domaine de la famille :

«L'une des pires choses qui puisse arriver à un enfant est d'être victime d'abus sexuels. L'une des pires choses qui puisse arriver à un adulte est d'être accusé à tort d'un crime aussi grave»¹⁹⁵.

C'est pourquoi la collaboration entre le droit et la science est indispensable dans le contexte moderne des litiges familiaux. De plus, cette collaboration doit tenir compte des différences fondamentales qui distinguent chacune des disciplines afin d'en arriver à une collaboration toujours plus étroite dans la recherche de la vérité et du bien-être commun.

195. Voir Luc MORIN, «Les profils en matière d'allégations d'abus sexuels : une invitation à la prudence», (1993) *R.D.U.S.* 415, 434.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES FRONTIÈRES TERRESTRES D'UN QUÉBEC SOUVERAIN À
LA LUMIÈRE DU DROIT INTERNATIONAL CONTEMPORAIN

Auteur(s) : Tara LEROUX

Revue : RDUS, 1994-1995, volume 25, numéro 1-2

Pages : 239-284

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12914>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12914>

Page vide laissée intentionnellement.

LES FRONTIÈRES TERRESTRES D'UN QUÉBEC SOUVERAIN À LA LUMIÈRE DU DROIT INTERNATIONAL CONTEMPORAIN

par Tara LEROUX*

L'accession à la souveraineté d'États issus des récentes dissolutions de l'Union soviétique, de la Yougoslavie et de la Tchécoslovaquie, a permis de créer, de renforcer ou de mitiger certains principes de droit international quant à la détermination des frontières d'un nouvel État.

En vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités et de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, un Québec souverain conserverait, à moins d'accord contraire, son unique frontière internationale qui le borde actuellement comme État fédéré. Quant à l'uti possidetis juris, règle juridique protégeant les limites intérieures des États destinées à devenir des frontières, elle permet l'attribution à un Québec souverain des frontières délimitant son territoire provincial. Cette thèse n'est valable qu'en l'absence de tout exercice du droit de sécession ou de rattachement au Canada par les peuples autochtones. Face à un tel exercice de leur droit à l'autodétermination, le Québec se verrait amputer des régions territoriales alors sous leur contrôle effectif.

1. LL.B., Faculté de droit de l'Université de Montréal.

The creation of independant States as a result of the break-up of the Soviet Union, Yugoslavia and Czechoslovakia has fostered the elaboration, the reaffirmation and the modification of certain principles of International Law with respect to the determination of the frontiers of a new State.

Pursuant to the Vienna Convention on the law of treaties and to the Vienna Convention on succession of States in respect to treaties, a sovereign Quebec, barring any agreement to the contrary, would retain its present frontiers. As for the principle of uti possidetis juris, a rule of law which preserves the internal State boundaries which are then destined to become national frontiers, it would permit an independant Quebec to claim that its frontiers extend to the boundaries presently defining its provincial territory. This argument would only hold provided that the First Nations declined to exercise their right of secession or their right to rejoin Canada. If such a right to self-determination were to be exercised, then those territories effectively under aboriginal control would be severed from a sovereign Quebec.

SOMMAIRE

Chapitre I	L'accession à la souveraineté du Québec et le maintien des frontières établies par traités	248
1.1	La formulation et la consolidation de la règle du maintien des frontières établies par traités	248
1.1.1	La formulation de la règle dans la <i>Convention de Vienne sur le droit des traités</i>	248
1.1.2	La consolidation de la règle dans la <i>Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités</i>	249
1.2	L'application de la règle du maintien des frontières établies par traités avec les États-Unis	252
1.2.1	L'obligation du maintien des frontières établies par les traités de Paris (1782), Ashburton-Webster (1842) et de Washington (1908)	253
1.2.2	L'opportunité d'un réajustement des frontières avec les États-Unis	254
Chapitre II	L'accession à la souveraineté du Québec et l'intangibilité des frontières protégées par l'<i>uti possidetis juris</i>	255
2.1	L'universalité et le renforcement de la règle de l' <i>uti possidetis</i>	255
2.1.1	L'universalité de la règle de l' <i>uti possidetis</i>	256
2.1.2	Le renforcement de la règle de l' <i>uti possidetis</i>	260
2.2	L'application de la règle de l' <i>uti possidetis</i> aux frontières intérieures du Québec	261
2.2.1	L'intangibilité des frontières intérieures actuelles du Québec	263
2.2.2	La protection de l'intégrité du territoire intérieur du Québec	266
Chapitre III	L'accession du Québec à la souveraineté et le problème de l'intégrité du territoire québécois en cas de revendications autochtones	271
3.1	Les nations autochtones : des peuples minoritaires	272

3.2	Contestation de l'application de la règle de l' <i>uti possidetis</i> au Québec	277
3.3	Le territoire des nations autochtones : territoire sur lequel ils ont un contrôle effectif	280

À l'heure où les référendums et les déclarations de souveraineté se multiplient à travers le monde, consacrant démocratiquement la volonté des peuples d'accéder à l'indépendance, la carte du monde ne cesse de se redessiner en fonction des nouvelles aspirations des peuples.

Victime de ces bouleversements, la République socialiste fédérative de Yougoslavie a éclaté dès juin 1991 sous la pression des revendications de la Croatie, de la Slovénie, de la Macédoine en septembre 1991 et de la Bosnie-Herzégovine en mars 1992. La Serbie et le Monténégro ayant formé la «République fédérale de Yougoslavie», cinq nouveaux États se sont ainsi constitués sur les cendres de l'ex-Yougoslavie. Quant à l'ancienne Union soviétique, sa dissolution s'est amorcée avec les déclarations d'indépendance des États Baltes, celle de la Lituanie le 11 mars 1990, de l'Estonie le 20 août 1991 et de la Lettonie le 21 août 1991. Mais c'est véritablement la proclamation d'indépendance de l'Ukraine, le 24 août 1991, qui a mis fin à l'Union soviétique, car elle fut le prélude aux déclarations d'indépendance des autres républiques soviétiques. Ces dernières étant parfois elles-mêmes victimes de revendications internes sécessionnistes comme le démontre l'exemple de la Géorgie indépendante qui a du faire face à la sécession *de facto* de la République autonome d'Abkhazie à l'hiver 1993-1994. Même si la fédération de Russie s'est avérée l'héritière de l'U.R.S.S., elle n'en demeure pas moins affectée par les revendications sécessionnistes de certaines de ces républiques, comme l'a démontré l'indépendance de la Tchétchénie¹ en 1991, ainsi que la proclamation d'indépendance du Tatarstan en mars 1992². Enfin, la fédération de la Tchécoslovaquie s'est dissoute pacifiquement grâce au «divorce de velours» entre les Tchèques et les Slovaques le 1er janvier 1993, une séparation pacifique qui pourrait s'avérer une source d'inspiration pour certains promoteurs d'une partition analogue d'une Belgique, devenue récemment fédérale³.

Ces bouleversements qui affectent principalement les États fédératifs, tant anciens que nouveaux, ne sauraient laisser indifférents les Québécois

-
1. Le 11 décembre 1994, les troupes russes ont envahi la République tchétchène et réussirent, le 8 février 1995, à contrôler la quasi-totalité du territoire.
 2. *L'État du monde 1995 : Annuaire économique et géopolitique mondial*, Montréal, Éditions la Découverte, 1994.
 3. REUTERS, «La Belgique transformée en État fédéral», *Le Devoir*, 8 février 1993, pp. A1-A8.

soucieux de l'avenir du Québec et notamment de l'espace sur lequel un Québec souverain serait appelé à déployer son autorité. Aussi, est-il intéressant de s'interroger sur les répercussions locales de tels bouleversements et de se demander s'ils peuvent tout particulièrement avoir un impact sur les revendications de souveraineté des Québécois et sur l'expression territoriale de leurs revendications.

Même si le gouvernement du Parti Québécois se voyait refuser le 20 mai 1980 le mandat de négocier la souveraineté-association avec le Canada, les velléités souverainistes des Québécois sont réapparues au lendemain du rapatriement et de la modification de la Constitution du Canada sans l'assentiment du Québec en 1982. Ces revendications se sont multipliées depuis la mort de l'*Accord du lac Meech* et ont été confortées par le refus en 1992, tant par le Québec que par le reste du Canada, mais pour des raisons diamétralement opposées, d'approuver un *Accord de Charlottetown* visant à satisfaire la demande d'un nouveau partenariat constitutionnel souhaité par le gouvernement du Parti libéral du Québec.

L'accession du Québec à la souveraineté qui avait été envisagée par la Commission Bélanger-Campeau dans le cas où il aurait été impossible de renouveler le fédéralisme canadien en profondeur, se révèle aujourd'hui une option possible depuis les élections du Bloc Québécois le 25 octobre 1993 et du Parti Québécois le 12 septembre 1994.

L'accession à la souveraineté du Québec trouvera son fondement principal dans une légitimité démocratique qui résulte non seulement d'une élection, mais également d'un référendum québécois. Il n'est, cependant, pas sans intérêt de se pencher sur le fondement juridique de la revendication du peuple québécois d'un droit de se constituer en État. Ce droit a, selon nous, sa source dans le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, garanti dans de nombreux traités⁴, et notamment dans les *Pactes internationaux relatifs aux*

4. J. BROSSARD, *L'accession à la souveraineté et le cas du Québec*, Montréal, P.U.M., 1976;
D. TURP, «Le droit de sécession en droit international public», (1982) 20 A.C.D.I. 25-78.

droits de l'Homme, auxquels le Canada est d'ailleurs partie⁵, et dont l'article 1 qui leur est commun se lit ainsi :

«Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.»

En dépit de l'absence de définition du terme «peuple», le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes revêt selon nous un caractère universel. Ainsi, tous les peuples, et non pas seulement les peuples coloniaux comme le prétendent certains, ont le droit de disposer d'eux-mêmes et de déterminer librement leur statut politique en se constituant en États souverains. Nous sommes par ailleurs d'avis que la résolution 2625 de l'Assemblée générale des Nations Unies⁶, qui a cherché à délimiter la portée du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et à restreindre, au nom du principe de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique des États, le droit des peuples non coloniaux à se constituer en États souverains, ne constitue pas un obstacle au droit pour un peuple de se constituer en État. Cette déclaration ne revêt pas un caractère obligatoire en soi. Elle ne codifiait pas en 1970 une règle coutumière et n'a certainement pas été suivie depuis. Faute d'une pratique uniforme et constante tendant à prohiber l'accession d'un peuple non-colonial à la souveraineté, comme le démontre la pratique récente en Yougoslavie, en Union soviétique et en Tchécoslovaquie, la résolution 2625 de l'Assemblée générale n'a pas servi de base, en ce domaine, à l'élaboration d'une règle coutumière.

En ce qui concerne le cas particulier du droit à l'autodétermination du Québec, nous constatons par ailleurs l'existence d'une convention constitutionnelle canadienne consacrant le droit du Québec de se constituer en État

-
5. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 107. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 R.T.N.U. 13.
 6. *Déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, A.G. Rés. 2625, Doc. off. A.G., 25e session, supp. n° 28, p. 131, Doc. N.U. A/5217 (1970) (ci-après dénommée *Déclaration sur les relations amicales*).

souverain⁷. Appliquant les critères énoncés par la Cour suprême du Canada, nous constatons la création de précédents tels que la tenue d'un référendum sur la souveraineté-association en 1980 et l'adoption d'une loi prévoyant la tenue d'un référendum sur la souveraineté en 1991, la reconnaissance par les acteurs politiques québécois et par les acteurs fédéraux et provinciaux du reste du Canada du droit pour le peuple québécois à disposer de lui-même, et enfin, l'existence d'une raison d'être à la convention qui résiderait dans le principe démocratique, ou selon un autre auteur dans «la dualité canadienne ou le caractère distinct du Québec»⁸.

Que l'accession à la souveraineté du Québec trouve son fondement dans une légitimité démocratique consécutive à une élection et à un référendum, dans le droit à l'autodétermination du peuple québécois, ou dans une convention constitutionnelle, elle s'avérera à tout le moins une question de fait au regard du droit international⁹. À cet égard, l'opinion collective sollicitée par la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté reprend à son compte l'avis de la Commission d'arbitrage de la Conférence de paix en Yougoslavie¹⁰ :

«L'existence ou la disparition de l'État est une question de fait qui doit être appréciée en fonction des principes du droit international public qui permettent de définir à quelles conditions une entité constitue un État; pour cela il convient de déterminer si la collectivité en cause se

-
7. D. TURP, «Exposé-réponse : processus d'accession à la souveraineté», reproduit dans *Recueil des exposés et études soumis à la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté*, volume 1, tome 2, 1992, p. 662.
 8. Voir à ce sujet C. BEAUCHAMP, «De l'existence d'une convention constitutionnelle reconnaissant le droit du Québec à l'autodétermination», (1992) 6 *R.J.E.U.L.* 55-67; voir aussi D. TURP, *loc. cit.*, *supra*, note 7.
 9. T.M. FRANCK, R. HIGGINS, A. PELLET, M. N. SHAW et C. TOMUSCHAT, «L'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de l'accession à la souveraineté», reproduit dans *Recueil des exposés et études soumis à la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté*, volume 1, tome 2, 1992, p. 409 (ci-après dénommé T.M. FRANK).
 10. *Avis de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie*, reproduit dans (1992) 96 *R.G.D.I.P.* 264-266.

compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé et si elle se caractérise par la souveraineté.»¹¹

Cette question de fait sera essentiellement celle de l'effectivité du contrôle exercé par le gouvernement québécois sur sa population et son territoire et elle s'appréciera eu égard aux particularités de celui-ci, tels l'aspect physique du territoire, la situation géographique, l'accessibilité, le climat et la densité de la population¹². Encore faut-il définir l'assiette territoriale sur laquelle ce contrôle effectif pourrait se déployer et déterminer ainsi l'étendue et les frontières du territoire d'un Québec souverain¹³. Le droit international fournit quelques repères utiles sur la question des frontières qui seraient celles d'un état accédant à la souveraineté.

Pour procéder à un examen des frontières terrestres d'un éventuel Québec souverain, nous présenterons dans un premier temps les principes et instruments juridiques applicables à la succession d'un nouvel État aux frontières internationales préexistantes établies par traités (**Chapitre I**) et nous nous interrogerons dans un deuxième temps sur le sort qui devrait être réservé aux frontières intérieures actuelles du Québec (**Chapitre II**). Nous terminerons en examinant les conséquences d'éventuelles revendications territoriales autochtones sur l'intégrité du territoire québécois (**Chapitre III**).

11. T.M. FRANCK, *loc. cit.*, *supra*, note 9.

12. *Affaire de l'île de Palmas (États-Unis c. Pays-Bas)*, sentence du 4 avril 1928, (1928) 2 R.S.A. 829. J.Y. MORIN et J. WOEHLING, *Demain, le Québec ... Choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, Sillery, les Éditions du Septentrion, 1994.

13. La détermination du territoire et des frontières maritimes d'un Québec souverain s'avère une question importante et a suscité l'intérêt de la Commission d'étude sur la souveraineté. J. I. CHARNEY, «The Maritime Boundaries of Québec», reproduit dans *Recueil des exposés et études soumis à la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté*, volume 1, tome 2, 1992, pp. 493-577; M. ARBOUR, «Les territoires aquatiques et maritimes», dans *Les frontières du Québec : d'hier à demain*, Québec, Faculté de foresterie et de géomatique de Laval, 1992, p. 41.

Chapitre I L'accession à la souveraineté du Québec et le maintien des frontières établies par traités

1.1 La formulation et la consolidation de la règle du maintien des frontières établies par traités

1.1.1 La formulation de la règle dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*

La *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁴, qui codifie le droit coutumier en cette matière, insiste particulièrement sur l'importance de maintenir la stabilité des traités établissant des frontières. Cette insistance se traduit par l'adoption d'une exception à la règle *rebus sic stantibus*, codifiée au paragraphe 2 de l'article 62 et selon laquelle :

«§ 2- *Un changement fondamental de circonstances* ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer:

a) s'il s'agit d'un traité établissant une frontière;» (l'italique est de nous)

En raison des conséquences importantes qu'elle engendre aux plans économique, social, culturel et politique, l'accession à la souveraineté constitue sans nul doute un «changement fondamental de circonstances». L'accession à la souveraineté est en outre un changement fondamental de circonstances qui pourrait conduire à une remise en question des frontières établies par traités, mais l'exception prévue à l'application de la règle *rebus sic stantibus* vient justement prohiber l'invocation de cette règle à l'égard des traités établissant des frontières. L'existence d'une telle règle vient affirmer la volonté de nombreux États de stabiliser les situations territoriales¹⁵, une volonté qui est rappelée dans la *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités*.

14. [1980] R.T. Can. n° 37.

15. Voir J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 146.

1.1.2 La consolidation de la règle dans la *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités*

Ce principe du maintien des frontières établies par traités est d'ailleurs consolidé dans la *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités*¹⁶. Définie à l'alinéa 2(b) de la Convention, la succession d'États se dit de «la substitution d'un État à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire», et implique ainsi un transfert de souveraineté sur la totalité ou une partie du territoire, de l'État prédécesseur à l'État successeur. Une telle succession d'États est susceptible de produire des effets à l'égard des traités et la Convention formule plusieurs règles à cette fin. Concernant les traités de frontières, la Convention stipule à son article 11 :

«Une succession d'États ne porte pas atteinte *en tant que telle* :

a) à une *frontière* établie par un traité; ni

b) aux obligations et droits établis par un traité et se rapportant au régime d'une frontière.» (l'italique est de nous)

Pour les juridictions internationales, cette règle est renforcée par le principe de *l'uti possidetis juris*¹⁷ et est considérée par des auteurs comme codifiant une règle coutumière¹⁸. Elle semble par ailleurs être reflétée dans la

16. Doc. N.U. A/CONF. 80/16/Add. 2 et reproduite dans J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *Droit international public : notes et documents*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 2e éd., 1990, p. 253. Cette convention a été adoptée le 23 août 1978, mais n'est pas encore en vigueur au 31 décembre 1993. Cette définition se retrouve également à l'article 2 de la *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États*. Elle est reprise par la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie dans son avis n° 1, *supra*, note 10.

17. Ce principe est défini dans : *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, arrêt du 22 Décembre 1986, C.I.J., Recueil 1986, p. 554, n° 19-26; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras; Nicaragua (intervenant))*, arrêt du 11 septembre 1992, Arrêt C.I.J. Recueil 1992, p. 351; voir aussi *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée Bissau*, sentence du 14 février 1985, (1990) 9 R.S.A. 149.

18. D. TURP, «Intangibilité des frontières terrestres du Québec et succession d'États en droit international», dans *Les frontières du Québec : d'hier à demain*, Québec, Faculté de foresterie et de géomatique de l'Université Laval, 1992, p. 77; voir aussi D. TURP et F.

pratique contemporaine. Ainsi, la Slovénie¹⁹ a maintenu ses frontières avec l'Autriche, l'Italie et la Hongrie. La Croatie²⁰ demeure bordée par la Hongrie et la mer Adriatique. La Macédoine continue d'être encadrée par l'Albanie, la Grèce et la Bulgarie²¹. Il est également intéressant de noter que la République tchèque et la République slovaque se sont entendues pour essayer de maintenir les mêmes frontières internationales que celles existantes dans l'ancienne Tchécoslovaquie²². En effet, la Hongrie, pays frontalier de l'ex-fédération, a pris position pour que soit respecté le principe de l'intangibilité des frontières, en exprimant sa conviction quant à l'importance de conserver les frontières établies par traités. La Hongrie s'est opposée à la construction du barrage

GOUIN, «Étude sur la succession du Québec aux traités auxquels le Canada est partie dans l'hypothèse d'une accession du Québec à la souveraineté», reproduit dans *Recueil des exposés et études soumis à la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté*, volume 1, tome 2, 1992, p. 687.

19. *Republic of Slovenia Assembly Basic Constitutional Charter* (25 juin 1991), reproduit dans (1992) 6 *Constitutions of the countries of the world* 63, art. 2.
20. *Constitutional Decision on the Sovereignty and Independence of the Republic of Croatia*, reproduit dans (1992) 6 *Constitutions of the countries of the world* 123, art. IV.
21. La Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie a d'ailleurs recommandé aux républiques dans ses avis n° 3 ((1992) 96 *R.G.D.I.P.* 267) et n° 9 ((1992) 31 *I.L.M.* 1523), de suivre la *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités*, afin de respecter les frontières établies par traités.
22. Définies par le *traité de Trianon du 4 juin 1920*, art. 27, 48 à 52 reproduit dans C.A. COLLIARD, *Droit International et histoire diplomatique*, 2e éd., Paris, Éditions Domat Montchrestien, 1950, p. 501; *Arbitrage de Vienne du 2 novembre 1938* (Texte de la sentence arbitrale) reproduit dans C.A. COLLIARD et A. MANIN, *Droit International et histoire diplomatique*, Tome II, Paris, Éditions Montchrestien, 1970, p. 140; voir aussi le *Traité de paix de Paris. Traité de paix avec la Hongrie (15 Septembre 1947)* 61 Stat. 2065 reproduit dans C. I. BEVANS, *Treaties and other International agreements of the United States of America 1776-1949, 1946-1949*, Washington, Department of State publication, 1970, p. 453; voir aussi le *traité bilatéral de 1956*; voir également *Treaty between the Hungarian people's Republic and the Czechoslovak socialist Republic concerning the construction and operation of the Gabčíkovo-Nagymaros system of locks (1977)*, reproduit dans (1993) 32 *I.L.M.* 1249, et voir p. 1256 art. 22 et 23 (légers changements de frontières); *Declaration of the Government of the Republic of Hungary on the Termination of the Treaty Concluded Between the People's Republic of Hungary and the Socialist Republic of Czechoslovakia on the Construction and joint operation of the Gabčíkovo-Nagymaros Barrage System, Signed in Budapest on 16 September 1977* (1992), reproduit dans (1993) 32 *I.L.M.* 1260 (ci-après dénommé *Text of Hungarian Declaration Terminating Treaty*); *Czech and Slovak Federation-European Commission-Hungary: London Agreement on the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (1992), reproduit dans (1993) 32 *I.L.M.* 1291.

hydroélectrique de Nagymaros sur le Danube²³, car une telle construction aurait, notamment, pour effet de le dévier sur le territoire slovaque, modifiant ainsi de façon arbitraire et unilatérale la frontière²⁴.

Par ailleurs, à des fins de sécurité, l'État prédécesseur et l'État successeur peuvent convenir de ratifier les traités établissant les frontières. Le Parlement hongrois a ratifié le 12 mai 1993 un traité sur l'intangibilité des frontières entre la Hongrie et l'Ukraine²⁵. La Hongrie a également signé, dernièrement, un traité d'amitié avec la République slovaque, comprenant la reconnaissance des frontières existantes et le renoncement à toutes revendications territoriales. Il faut mentionner qu'un «pacte de stabilité en Europe», non contraignant, a été signé à la fin du mois de mars 1995 à Paris par les 52 pays membres de l'Organisation sur la Sécurité et la Coopération en Europe (O.S.C.E.). Il porte, entre autres, sur l'inviolabilité des frontières des États non touchés par les conflits armés. Ce pacte comprend une centaine d'accords bilatéraux de bon voisinage et d'amitié entre des pays d'Europe, car ce pacte cible l'Europe centrale, orientale et les Républiques baltes. Ce pacte a été signé dans le cadre d'une conférence de l'O.S.C.E. et à l'initiative de l'Union européenne.

Ainsi, à l'occasion d'une succession d'États, un nouvel État doit se montrer soucieux de respecter les frontières établies par traités et les droits et

-
23. *Text of Hungarian Declaration Terminating Treaty, supra*, note 22; *Czech and Slovak Federation-European Commission-Hungary : London Agreement on the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (1992), *supra*, note 22; J. URBAN, «Pourquoi le problème tchèque peut déclencher une guerre européenne», *L'Événement du jeudi*, 29 octobre au 4 novembre 1992, n° 417, p. 68; F. ZDANOWICZ, «La Hongrie tiraillée par son passé», *Le Devoir*, 25 février 1993, p. B-5; Une demande a été introduite devant la Cour Internationale de Justice, voir *Special Agreement Between the Republic of Hungary and the Slovak Republic for Submission to the International Court of Justice of the differences between them concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*, reproduit dans (1993) 32 *I.L.M.* 1294; et voir *Projet de Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie) : La Hongrie et la Slovaquie portent une affaire devant la Cour*, Communiqué C.I.J., 5 juillet et 15 juillet 1993.
24. Le territoire slovaque ne semble pas complètement défini malgré que la frontière délimitant la République tchèque et la République slovaque ait fait l'objet d'un traité signé le 29 octobre 1992, d'un accord de principe conclu en juillet 1993.
25. *L'État du monde 1994 : Annuaire économique et géopolitique mondial*, Montréal, Éditions la Découverte, 1993, p. 172.

obligations qui en découlent. Ces règles, visant à assurer la continuité et la stabilité des frontières, ont été développées dans le but de préserver la paix, d'éviter la propagation de conflits territoriaux et de respecter les conventions établies²⁶. Le droit de la succession d'États s'attache ainsi davantage au territoire qu'à la qualité de l'État. Ce principe élaborant la stabilité des frontières établies par traités, n'empêche toutefois pas la modification de frontières par accord entre États limitrophes.

Regardons dans quelle mesure cette règle du maintien des frontières établies par traités s'applique à un Québec souverain.

1.2 L'application de la règle du maintien des frontières établies par traités avec les États-Unis

Les règles du droit international des traités et celles relatives à la succession d'États en matière de traités revêtent un intérêt particulier pour le Québec, dans la mesure où ces principes obligerait le Québec souverain, successeur du Canada sur le territoire québécois, à ne pas porter atteinte aux frontières établies par traités. À cet égard, les seules frontières qui seraient visées par cette obligation seraient les frontières terrestres avec les États-Unis puisqu'aucun autre État n'a de frontières terrestres communes avec le Canada.

26. J.- M. ARBOUR, *Droit international public*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 313 et ss.; H. THIERRY, S. SUR *et al.*, *Droit international public*, 5e éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1986, pp. 269 et ss.

1.2.1 L'obligation du maintien des frontières établies par les traités de Paris (1782), Ashburton-Webster (1842) et de Washington (1908)

Le Canada et les États-Unis ont conclu une vingtaine de traités de frontières, dont certains concernent particulièrement la frontière avec le Québec. La frontière séparant le Québec des États-Unis a été arrêtée d'abord par la *Proclamation Royale de 1763*, source de l'existence juridique de la province, et par l'*Acte de Québec de 1774*, ces deux instruments n'étant pas à proprement parler des traités. Mais, quelques années plus tard, le Royaume-Uni et les États-Unis concluaient un premier traité de frontière, le *Traité de Paris de 1783* qui reprenait de façon générale la délimitation frontalière déjà établie pour en préciser la section dite «occidentale»²⁷.

À l'origine d'un conflit qui dura plus de 50 ans, cette section fut révisée par le *Traité Ashburton-Webster de 1842*²⁸. La frontière ainsi délimitée et démarquée fut confirmée par le *Traité de Washington de 1908*²⁹, conclu entre les États-Unis et le Royaume-Uni au nom du Canada.

Succédant ainsi aux traités établissant la frontière, la frontière d'un Québec souverain continuerait de suivre en général la ligne partageant les eaux entre l'Atlantique et le Saint-Laurent. Un Québec souverain ne pourrait porter atteinte aux frontières qu'ils établissent.

27. H. BRUN, *Le territoire du Québec*, Québec, P.U.L., 1973, p. 24; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 138.

28. *A treaty to settle and define the Boundaries between the Territories of the United States and the possessions of Her Britannic Majesty, in North America : For the final Suppression of the African Slave Trade : and For the giving up of Criminals fugitive from justice, in certain cases (Webster-Ashburton Treaty)*, (1842) 93 *The consolidated Treaty Series* 415.

29. *Treaty between Great Britain and the United States respecting the Demarcation of the International Boundary with Canada*, (1907-1908) 206 *The Consolidated Treaty Series* 377. *Treaty between the United Kingdom and the United States desiring to define more accurately at certain points and to complete the international boundary between the United States and Canada and to maintain the demarcation of that boundary (Lake Superior-Lake of the Woods Boundary)*, (1925) 6 *Bevans* 7.

D'ailleurs l'*Avant-projet de Loi sur la souveraineté du Québec*³⁰ reconnaît l'application de ce principe, en affirmant entre autres à son article 4 que «Le Québec conserve les frontières qui sont les siennes au sein de la Confédération canadienne au moment de l'entrée en vigueur de l'article 1», c'est-à-dire lors de l'accession du Québec à la souveraineté. Quant à l'article 7 qui est plus général car il vise l'ensemble des traités et non spécifiquement le territoire, il y est affirmé que le Québec souverain assumera les obligations et bénéficiera des droits contenus dans «les traités auxquels le Canada est partie et dans les conventions internationales auxquelles le Canada a adhéré, conformément aux règles du droit international.»

1.2.2 L'opportunité d'un réajustement des frontières avec les États-Unis

Par ailleurs, l'accession du Québec à la souveraineté pourrait être l'occasion pour le Québec et les États-Unis de résoudre, d'un commun accord, le problème frontalier des périlclaves. Il s'agit de parties de territoire québécois accessibles uniquement par le territoire des États-Unis et vice-versa. Ce problème mineur pourrait être résolu en suivant les recommandations de la Commission d'étude sur l'intégrité territoriale de 1971³¹, c'est-à-dire par un réajustement de la frontière internationale afin de faire disparaître de telles périlclaves. En l'absence d'un réajustement de la sorte, le droit de passage actuel serait maintenu en vertu des règles relatives à la succession d'États à l'égard des régimes de frontières³².

Si l'on ne doit pas négliger l'importance du maintien par le Québec des frontières établies par les traités, il importe de rappeler que la majorité des frontières du Québec actuel sont principalement internes au Canada, d'où l'utilité

30. *Loi sur la souveraineté du Québec*, Avant-projet de loi, 1ère session, 35e législature (Québec).

31. *Rapport des Commissaires*, vol. 6, déc. 1971, p. 165, n° 14.

32. T.M. FRANCK, *loc. cit.*, *supra*, note 9, à la p. 399; H. DORION, «Les frontières du Québec: l'état de la question» reproduit dans *Recueil des exposés et études soumis à la commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté*, volume 1, tome 2, 1992, pp. 362-363.

d'examiner si de telles frontières se voient conférer une protection par le droit international.

Chapitre II L'accession à la souveraineté du Québec et l'intangibilité des frontières protégées par l'*uti possidetis juris*

Les instruments juridiques qui déterminent les frontières internes d'un état fédéré ne constituent pas des traités. Ce sont généralement des textes constitutionnels ou législatifs qui définissent les limites internes. Dès lors, les règles relatives à la succession d'États en matière de traités ne sont pas applicables. En revanche, le droit international comporte une règle qui protège les limites intérieures des États destinées à devenir des frontières. Il s'agit de l'*uti possidetis juris*, qui sera applicable pour déterminer les futures frontières d'un Québec souverain avec le Canada.

2.1 L'universalité et le renforcement de la règle de l'*uti possidetis*

Le principe de l'*uti possidetis juris* fut conçu en 1810 dans le but de permettre aux colonies portugaises et espagnoles d'Amérique latine d'accéder à l'indépendance en préservant l'intégrité du territoire occupé et le maintien des frontières jadis internes³³. Depuis cette époque, ce principe a connu de nombreuses applications³⁴, notamment au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle dans le cadre de la décolonisation africaine et asiatique. D'ailleurs, la *Déclaration du Caire* de 1964, adoptée par l'Organisation de l'unité africaine,

33. La locution latine traduit cette volonté de préserver le territoire dans son intégralité, lors de l'accession à l'indépendance : «*Uti possidetis, ita possideatis*» («Comme tu as possédé, tu continueras à posséder»). J. DE PINHO CAMPINO, «L'actualité de l'*Uti possidetis*», dans *La frontière*, Paris, Société Française pour le Droit International, Colloque de Poitiers, Éditions A. Pedone, 1980, p. 95.

34. *Id.*, p. 105, J. DE PINHO CAMPINO affirme : «En plus de ces deux vagues principales, le principe semble avoir été appliqué, outre le cas des Républiques sud-américaines, lors de l'accession à l'indépendance des États-Unis d'Amérique, de la Belgique, de la Pologne, de la Tchécoslovaquie, de la Finlande, de l'État libre d'Irlande, des États Baltes, du Panama, du Pakistan, de l'Angola, entre autres». Voir aussi P. GIRARD, «L'intégrité du territoire québécois dans l'hypothèse de la souveraineté», (1992) 6 *R.J.E.U.L.* 25; M.G. KOHEN, «L'*Uti possidetis* revisité : l'arrêt du 11 septembre 1992 dans l'affaire El Salvador/Honduras», (1993) 97 *R.G.D.I.P.* 939.

a procédé à la codification de ce principe dans le but d'empêcher que les frontières africaines arbitrairement tracées par les métropoles ne deviennent la source de nouveaux conflits. Le principe de l'*uti possidetis juris* a de plus été consacré par la jurisprudence internationale³⁵.

L'évolution de ce principe s'est poursuivie ces dernières années et l'on peut prétendre à juste titre aujourd'hui qu'il a une portée universelle qui a d'ailleurs été renforcée récemment.

2.1.1 L'universalité de la règle de l'*uti possidetis*

Ainsi, le principe de l'*uti possidetis juris* ou de l'intangibilité des frontières a vu son champ d'application s'élargir. Cette évolution a été confirmée par la Cour Internationale de Justice, qui a affirmé dans l'affaire *Burkina Faso c. République du Mali*³⁶ :

«Ce principe ne revêt pas pour autant le caractère d'une règle particulière, inhérente à un système déterminé de droit international. Il constitue un principe général, logiquement lié au *phénomène* de l'accession à l'indépendance, où qu'il se manifeste. Son but évident est d'éviter que l'indépendance et la stabilité des nouveaux États ne soient mises en danger par des luttes fratricides...»³⁷ (l'italique est de nous)

Cette règle de l'*uti possidetis* fait en sorte que «les frontières établies par l'État cédant [...] obligent l'État successeur»³⁸. Les frontières internes acquièrent donc le statut de frontières protégées par le droit international une fois que l'état fédéré a accédé à l'indépendance. L'invocation de cette règle coutumière par des états fédérés facilite son application en raison du découpage interne préexistant dans l'État fédératif.

35. V. *Affaire du Temple de Preah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt du 15 juin 1962, C.I.J., Recueil 1962, p. 6. Ce principe a été développé par la jurisprudence, voir *supra*, note 17.

36. *Supra*, note 17, p. 554.

37. *Id.*, p. 565.

38. M. BETTATI, «Souveraineté et succession d'États» dans R.J. DUPUY *et al.*, *La souveraineté au XXe siècle*, Paris, coll. U., Armand Colin, 1971, p. 66.

Les récentes accessions à la souveraineté permettent de constater la mise en oeuvre de cette règle et l'importance qu'elle revêt en pratique dans la communauté internationale. La majorité des états fédérés qui ont récemment accédé à l'indépendance, ont établi leur souveraineté sur le territoire bordé par leurs anciennes limites. D'ailleurs, le Conseil des États Baltes, dans une déclaration du 27 juillet 1990, affirmait ce qui suit :

«4. That the three Baltic states do not have any territorial, property or other claims against one another.»³⁹

N'ayant pas de revendications territoriales, ces entités ont donc accepté d'accéder à la souveraineté à l'intérieur de leurs frontières.

La Biélorussie proclame également sa souveraineté dans les frontières et limites administratives qui étaient les siennes avant l'indépendance, et les problèmes relatifs aux frontières devraient trouver une solution dans un accord mutuel entre la Biélorussie et le pays contigu, accord qui sera ratifié par le parlement de Biélorussie⁴⁰.

Le Parlement ukrainien proclame quant à lui :

«The state sovereignty of the Ukraine as the supreme, independent, absolute, and indivisible authority of the republic *within the borders of its territory* and independent and equal in all foreign relations.»⁴¹
(l'italique est de nous)

L'Ukraine a d'ailleurs signé avec la Moldavie, le 25 octobre 1992, un traité d'amitié qui reconnaît l'intangibilité des frontières. De plus, le «pacte de stabilité en Europe» signé par les 52 pays membres de l'O.S.C.E. à la fin mars 1995 vise le maintien des frontières existantes en Europe centrale, orientale et

39. *Statement by the Council of Baltic States* (Jurmala, 27 juillet 1990), reproduit dans (1992) 5 *Constitutions of the countries of the world* 271.

40. *On The State Sovereignty of the Belorussian SSR*, (Minsk, 27 juillet 1990), reproduit dans (1992) 4 *Constitutions of Dependencies and Special Sovereignties* 35-38.

41. *Declaration on Ukraine's State Sovereignty* (resolution of the 28th Congress of the Ukrainian Communist Party), reproduit dans (1992) 4 *Constitutions of Dependencies and Special Sovereignties* 89.

dans les États baltes, là où les conflits armés n'ont pas éclaté, par des accords bilatéraux de bon voisinage et d'amitié.

Le traité instituant la Communauté des États Indépendants (C.É.I.) semble aussi confirmer l'accession à l'indépendance des États qui en sont membres dans le cadre des limites préexistantes, ou dans des limites qui ont fait l'objet de modifications par voie d'accord⁴².

La règle de l'*uti possidetis* a également trouvé application dans l'ex-Yougoslavie. La Commission d'arbitrage de la Conférence de paix en Yougoslavie constate la portée générale et universelle de la règle coutumière. Elle applique ainsi les principes du respect du *statu quo* territorial et de l'*uti possidetis juris* à l'accession à l'indépendance de la Croatie⁴³ et de la Bosnie-Herzégovine. Les autorités bosniaques ont assuré d'ailleurs à la Commission qu'elles n'ont pas de revendications territoriales⁴⁴, ce qu'ont fait également la République de Macédoine⁴⁵, et la Slovénie. Cette dernière s'est engagée de plus à respecter l'inviolabilité des limites territoriales⁴⁶. D'autre part, l'article 2 de la *Charte constitutionnelle fondamentale* de la Slovénie démontre que celle-ci a accédé à la souveraineté à l'intérieur du cadre établi par les frontières externes et internes préexistantes. Malgré un discours qui prônait au début l'intangibilité des frontières internes et externes, la communauté internationale s'est laissée dépasser par une escalade d'événements violents en ex-Yougoslavie. L'impuissance de la communauté internationale à résoudre le conflit dans l'ex-Yougoslavie illustre à quel point il peut être difficile de faire respecter en

42. *Armenia-Azerbaijan-Belarus-Kazakhstan-Kyrgyzstan-Moldavia-Russian Federation-Tajikistan-Turkmenistan-Uzbekistan-Ukraine : Agreements establishing the Commonwealth of Independent States (Minsk, 8 décembre 1991)*, reproduit dans (1992) 31 *I.L.M.* 138, art. 5.

43. La Croatie a accédé à l'indépendance dans ses frontières internationales et internes préexistantes, voir *Constitutional Decision on the Sovereignty and independence of the Republic of Croatia*, *supra*, note 20, à la p. 123-124, art. IV.

44. *Avis n° 4 de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie*, reproduit en langue anglaise dans (1992) 31 *I.L.M.* 1501.

45. *Avis n° 6 et n° 7 de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie*, reproduits dans (1992) 31 *I.L.M.* 1507 et s. et voir la *Déclaration de l'Assemblée de la République*, 17 septembre 1991.

46. Voir la déclaration d'indépendance du 25 juin 1991, et la demande de reconnaissance du 19 décembre.

pratique des principes de droit sur des sujets aussi passionnels que celui de la délimitation des frontières.

Ces nouveaux États déclarent aussi leur territoire indivisible et leurs frontières inviolables, seuls les changements auxquels ils auront donné leur accord étant permis. Ils peuvent d'ailleurs s'appuyer en cela sur la *Déclaration sur la Yougoslavie*, dans laquelle la Communauté européenne et ses États membres affirment ne jamais vouloir «reconnaître des changements de frontières qui n'auraient pas été agréés par des moyens pacifiques et par voie d'accords»⁴⁷. Aucune protection légitime ne sera accordée à de telles frontières litigieuses. Dans son troisième avis, la Commission d'arbitrage de la Conférence de paix en Yougoslavie confirme cette position :

«*Deuxièmement* - Les démarcations entre la Croatie et la Serbie ou entre celle-ci et la Bosnie-Herzégovine, ou, éventuellement, entre d'autres États indépendants limitrophes entre eux, ne pourront être modifiées que par accord libre et mutuel»⁴⁸.

Les prises de position en ce sens se sont multipliées⁴⁹ et s'appliquent également à l'égard de l'ex-Union soviétique. On vise ainsi à éliminer l'emploi de la force par le nouvel État qui voudrait étendre son territoire, ou par l'État fédératif prédécesseur susceptible de vouloir récupérer des parties de son territoire antérieur. Malgré ce courant, la communauté internationale n'a pas fait obstacle à l'invasion de la République tchétchène par les troupes russes le 11 décembre 1994. Par ailleurs, la communauté internationale a accepté en vue d'éviter l'extension du conflit yougoslave, la morphologie du territoire bosniaque tel que délimité par les conquêtes territoriales serbes. En effet, après le rejet par les Serbes du plan de paix Vance-Owen (2 janvier 1993) visant le découpage de la Bosnie en dix provinces autonomes avec répartition ethnique, cinq membres de l'O.N.U. (France, États-Unis, Russie, Royaume-Uni, Espagne) ont entériné

47. *Déclaration sur la Yougoslavie* (Réunion ministérielle extraordinaire, Bruxelles, 27 août 1991), reproduit dans (1992) 96 R.G.D.I.P. 263.

48. *Avis n° 3 de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie*, *supra*, note 21, p. 268.

49. T.M. FRANCK, *loc. cit.*, *supra*, note 9, p. 415-416; voir également A. PELLET, «The Opinions of the Badinter Arbitration Committee : A Second Breath for the Self-Determination of Peoples» (1992) 3 *European Journal of International Law* 180.

de facto les conquêtes serbes le 22 mai 1993 en acceptant «un plan d'action commun» qui instaurait, entre autres, six «zones de sécurité» sous protection des casques bleus de la Force de protection des Nations Unies. Cette prise de position, même si elle révèle le souci de rétablir rapidement la paix, constitue un précédent d'autant plus dangereux qu'elle s'est manifestée en période de revendications territoriales en Europe, par des groupes voulant modifier les frontières par la force. Elle a contribué à discréditer la Communauté européenne et l'O.N.U. La situation en ex-Yougoslavie est toujours explosive, et en 1995 un quart du territoire de la Croatie est demeuré occupé par les forces serbes de la République autoproclamée de Krajina où stationnent des casques bleus.

Ainsi, nous pouvons conclure en confirmant que le principe de l'*uti possidetis juris* fait sans doute partie de la coutume, dans la mesure où il est consacré par une pratique plutôt uniforme et constante des États, que ceux-ci acceptent comme étant le droit (*opinio juris*). Si les précédents sont assez récents, un bref laps de temps n'est pas un obstacle à la création d'une coutume comme l'a affirmé la Cour Internationale de Justice dans l'affaire portant sur le *Plateau continental de la mer du Nord*⁵⁰. Dans un tel domaine, les précédents n'ont pas à être très nombreux.

2.1.2 Le renforcement de la règle de l'*uti possidetis*

La règle de l'*uti possidetis* voit son application renforcée si d'autres principes de droit international et de droit constitutionnel viennent s'y greffer. En effet, la portée de cette règle paraît s'intensifier lorsque l'ancienne loi constitutionnelle de l'État dont faisait jadis partie l'état fédéré va dans le même sens que le principe de l'intangibilité des frontières. Il en découle un plus grand respect du droit international. Ceci découle de l'avis n° 3 de la Commission d'arbitrage de la Conférence de paix en Yougoslavie selon lequel le principe de l'*uti possidetis juris* «trouve d'autant plus aisément à s'appliquer entre les Républiques que, en vertu des alinéas 2 et 4 de l'article 5 de la Constitution de la R.S.F.Y., il avait été décidé que la consistance des territoires et les limites des Républiques ne pourraient être modifiées sans leur accord»⁵¹.

50. (R.F.A. c. Danemark; R.F.A. c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, Arrêt C.I.J. Recueil 1969, à la p. 43, n° 74.

51. Avis n° 3 de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie, *supra*, note 21, p. 269.

Si l'*uti possidetis juris* s'avère une règle juridique visant à préserver l'assiette territoriale de l'entité fédérée qui accède à la souveraineté, il y a lieu de l'appliquer au cas particulier du Québec.

2.2 L'application de la règle de l'*uti possidetis* aux frontières intérieures du Québec

En application de la règle de l'*uti possidetis*, le Québec, une fois souverain, bénéficierait d'une protection de ses anciennes frontières internes. Cette protection créerait pour le Canada et les autres États de la communauté internationale une obligation de respecter les limites du Québec. L'application de cette règle sera d'ailleurs renforcée dans la mesure où la Constitution canadienne protège l'intangibilité des frontières internes au Canada.

Deux lois constitutionnelles canadiennes mentionnent, sans équivoque possible, qu'un changement de délimitation du territoire provincial nécessite l'accord du Parlement fédéral et des législatures provinciales concernées. L'article 3 de la *Loi constitutionnelle de 1871*⁵², d'application large, vise l'ensemble des limites territoriales d'une province et stipule :

«The Parliament of Canada may from time to time, with the *consent* of the Legislature of any Province of the said Dominion, increase, diminish, or otherwise alter the limits of such Province, upon such terms and conditions as may be agreed to by the said Legislature, and may, with the like consent, make provision respecting the effect and operation of any such increase or diminution or alteration of territory in relation to any Province affected thereby». (l'italique est de nous)

De plus, l'article 43 a) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵³ consacre la règle du consentement des provinces concernées pour tout changement des limites de leur territoire, mais restreint son champ d'application aux modifications des frontières interprovinciales⁵⁴. Il se lit ainsi :

52. 34 & 35 Vict., R.-U., c. 28.

53. Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11.

54. Voir H. DORION, *loc. cit.*, *supra*, note 32, à la p. 359; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, *supra*, note 27, à la p. 139; T.M. FRANCK, *loc. cit.*, *supra*, note 9, à la p. 387-389; P. GIRARD, *loc. cit.*, *supra*, note 34, à la p. 33.

«Les dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement ne peuvent être modifiées que par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée. Le présent article s'applique notamment :

a) aux changements du tracé des frontières interprovinciales; [...]»

Ainsi, l'accord de l'Assemblée nationale du Québec est nécessaire dans l'hypothèse où le Parlement fédéral voudrait modifier les limites interprovinciales ou la grandeur du territoire québécois. En effet, les deux lois coexistent car la *Loi constitutionnelle de 1982* n'abroge ni de façon expresse, ni par son but la *Loi constitutionnelle de 1871*⁵⁵. La Constitution canadienne garantit ainsi l'intégrité territoriale du Québec en tant que province canadienne; elle impose des conditions aux modifications des limites séparant le Québec des autres provinces et à celles séparant le Québec des territoires.

Les limites actuelles du Québec sont ainsi protégées par la Constitution canadienne et son territoire étatique l'est en vertu de l'application de l'*uti possidetis juris*. Cela se traduit par une obligation de maintien des frontières interprovinciales actuelles du Québec, ainsi que par une protection de l'intégrité du territoire intérieur du Québec actuel, et en particulier des territoires nordiques acquis en 1898 et en 1912.

2.2.1 L'intangibilité des frontières intérieures actuelles du Québec

- La frontière Québec / Nouveau-Brunswick

La frontière séparant le Québec du Nouveau-Brunswick est le résultat de l'application de la *Proclamation Royale de 1763*, et de l'*Acte de Québec de 1774*. En 1851, une loi britannique⁵⁶ mit fin à une controverse concernant

55. J. WOEHLING, *Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec*, Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec, document de travail n° 2, Québec, 1991, pp. 58-59.

56. *An Act for the Settlement of the Boundaries between the Provinces of Canada and New Brunswick*, 14-15 Vict., R.-U., c. 63.

l'interprétation de ces textes et décrit les frontières. Il s'agit d'une frontière complexe, mais heureusement démarquée. La frontière suit la ligne de partage des eaux, contourne les «seigneuries de Madawaska et de Temiscouata», longe le 48^e parallèle, puis le milieu ou thalweg des rivières Matapédia et Ristigouche. Cette frontière posait un problème qui fut résolu en octroyant les îles au Nouveau-Brunswick. La ligne se situe entre ces îles et le rivage québécois. Notons que les lits des rivières peuvent changer avec le temps et, par conséquent, les frontières aussi. Dans de telles circonstances «la frontière suit les changements progressifs et continus des lignes géomorphologiques mais non les changements brusques impliquant des espaces relativement importants»⁵⁷. La frontière se prolonge et se situe au milieu de la baie des Chaleurs. Le seul problème est de savoir où elle se termine, vu l'absence d'accord ou de courant judiciaire réglant le statut des eaux du golfe du Saint-Laurent⁵⁸.

- La frontière Québec / Ontario

L'actuelle frontière entre le Québec et l'Ontario prend sa source dans un arrêté en conseil impérial de 1791 qui suit l'*Acte Constitutionnel de 1791*⁵⁹. Ce texte établissait la frontière comme suit :

«une ligne joignant le Saint-Laurent à l'Outaouais, en passant par les limites ouest des seigneuries de Nouvelle-Longueuil, Vaudreuil et Rigaud, suivant ensuite l'Outaouais jusqu'au lac Temiscamingue pour se diriger finalement, à partir de la tête de ce dernier, en droite ligne en direction nord, «jusqu'à la frontière de la baie d'Hudson.»⁶⁰

Suivirent d'autres lois qui précisèrent la frontière, dont la loi impériale de 1889⁶¹. Pour établir la frontière, la loi reprenait les limites décrites dans la loi de 1791 pour en préciser la limite nord en la situant sur la côte de la baie James.

57. H. DORION, *loc. cit.*, *supra*, note 32, à la p. 362.

58. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, *supra*, note 27, à la p. 140.

59. S.R.C. 1970, appendice II, p. 139.

60. H. BRUN, *op. cit.*, *supra*, note 27, à la p. 25.

61. *Acte à l'effet de déclarer les limites de la province d'Ontario, dans la puissance du Canada*, 52 & 53 Vict., R.-U, c. 28.

Quant à la frontière concernant la région du lac Témiscamingue et de la rivière Outaouais, elle longeait «le milieu du chenal principal»⁶².

Le Québec devenu souverain pourrait se heurter à certains obstacles concernant la garantie de cette frontière. En effet, la compétence sur 18 îles du Saint-Laurent n'est pas encore clairement établie entre le Québec et l'Ontario, puisque les démarcations qui ont été effectuées par une entente administrative mettant fin au conflit n'ont pas été entérinées par le législateur. Quant au point de jonction entre le Québec, l'Ontario et les Territoires du Nord Ouest, il est situé non dans la baie James, mais sur le littoral⁶³. Notons l'existence de problèmes frontaliers et de démarcation entre la frontière Québec / Ontario, dont l'importance est mineure dans la mesure où la délimitation de cette même frontière a été établie, et donc déjà connue.⁶⁴

- La frontière Québec / Terre- Neuve (Labrador)

Le Labrador, situé au nord-est du Québec, a été rattaché à Terre-Neuve puis au Québec de façon alternative. En 1825, il fut partagé et la partie au sud du 52e parallèle fut attribuée au Québec par une loi impériale⁶⁵. La frontière qui sépare actuellement le Québec de Terre-Neuve tire son origine d'une décision du Comité judiciaire du Conseil Privé de Londres rendue en 1927⁶⁶, au profit de Terre-Neuve. Ayant force légale, elle s'impose au Québec qui ne possède aucun argument juridique pour en contester la valeur et exiger la révision de cette décision. En effet, plusieurs arguments ont été avancés afin d'étayer les revendications québécoises mais aucun d'eux n'a véritablement de valeur. Mentionnons l'absence de preuve à l'effet que les juges eurent des intérêts pécuniaires directs dans l'octroi du Labrador à Terre-Neuve. Le Québec fut partie au litige dans la mesure où l'intervention du Canada dans cette affaire faisait suite à la demande du Québec. Par ailleurs, ce qui fut accordé à Terre-Neuve le fut au-delà de ce que proposaient les cartographies, mais correspondait néanmoins aux revendications textuelles de Terre-Neuve. Le Québec a de plus

62. H. BRUN, *op. cit.*, *supra*, note 27, aux pp. 25-26.

63. La frontière entre le Québec et les Territoires du Nord Ouest est la «ligne de rivage».

64. H. DORION, *loc. cit.*, *supra*, note 32, à la p. 363.

65. *British North America Act*, 1825, 6 Geo. IV, c. 59 (R.-U.).

66. *Re Labrador Boundary*, [1927] 2 D.L.R. 401 (C.P.).

réaffirmé et reconnu l'existence de cette frontière à maintes reprises et par des moyens forts différents (lois⁶⁷, déclarations ministérielles, cartographies...) même si en revanche, il l'a contestée à de nombreuses reprises. Le fait que le Conseil Privé était juge et partie n'a pas constitué en soi un obstacle à la valeur du jugement, puisque les parties étaient informées. Quant à la partie du territoire située entre la ligne de partage des eaux et le 52^e parallèle, elle pourrait être l'objet de négociations pour qu'elle fasse partie du territoire québécois. S'agissant d'une frontière délimitée mais peu démarquée, seules des négociations pourraient aboutir à un nouveau tracé de la frontière en l'absence de solutions judiciaires possibles⁶⁸.

- *La frontière Québec / Territoires du Nord-Ouest*

La frontière entre le Québec et les Territoires du Nord-Ouest est située à la rive, depuis l'extension des frontières de 1912. Cette délimitation, comme le souligne l'auteur H. Dorion⁶⁹, a soulevé des difficultés de deux ordres :

- La ligne de rivage a été établie à la ligne des basses eaux afin de situer la frontière, et ce, grâce à une entente entre le Québec, les Territoires du Nord-Ouest et les autorités fédérales. Malgré l'absence de codification constitutionnelle, elle est reprise par la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*. Ainsi les îles dites d'estran (îles rattachées au continent lors de la marée basse) appartiennent au territoire du Québec. Le problème se pose alors de savoir «jusqu' où vers l'intérieur [...] la ligne de la basse mer

67. Une loi reconnaît dans son annexe spécifiquement cette frontière dans la mesure où elle «se réfère à la frontière Québec-Labrador Terre-Neuvien comme étant située à la ligne du partage des eaux "qui forme frontière entre le Québec et le Labrador Terre-Neuvien"(sic.)» (*Loi de 1946 sur le développement minier*).

68. Voir H. DORION, *loc. cit.*, *supra*, note 32, aux pp. 369-371 (pour plus de précisions); L. PATENAUDE, *Le Labrador à l'heure de la contestation*, Montréal, P.U.M., 1972; H. BRUN, «Le Québec et la décision du Conseil Privé de 1927 concernant le Labrador», *op. cit.*, *supra*, note 27, à la p. 96; voir également le *Rapport de la Commission d'étude sur l'intégrité du territoire du Québec*, la «frontière du Labrador», (1971), vol 3.4 *De la reconnaissance des frontières en droit Québécois* (par L. Patenaude), vol. 3.5. *L'opinion du Conseil Privé (1927) et les possibilités de recours* (par H. Brun, 1969), vol. 3.7.3. *Les attitudes du Québec face à la décision et au tracé de 1927. Loi de l'Union de Terre-Neuve au Canada*, S.C. 1949 (13 Geo. VI), c. 1.

69. H. DORION, *loc. cit.*, *supra*, note 32, aux pp. 364-367.

remonte». Des difficultés relatives à la démarcation demeurent, vu la nécessité de préciser davantage la délimitation des frontières.

- Par ailleurs, une situation problématique se pose à l'égard des «îles littorales, c'est-à-dire celles qui ne sont pas rattachées au territoire à marée basse et celles qui ne sont ni dans les estuaires ni dans les baies profondes, [qui] font donc incontestablement partie des Territoires du Nord Ouest.»⁷⁰

C'est ce que nous indique la loi. Il importera donc de départager les îles entre celles appartenant au Québec et celles appartenant aux Territoires du Nord-Ouest.

2.2.2 La protection de l'intégrité du territoire intérieur du Québec

Diverses thèses ont été avancées qui prétendent qu'un Québec souverain ne posséderait pas l'intégrité du territoire dont il bénéficiait en tant que province et qu'il pourrait être privé en accédant à la souveraineté des territoires acquis en 1898 et 1912.

L'*Acte de la terre de Rupert de 1868*⁷¹ permet à la Compagnie de la Baie d'Hudson de céder au Canada ses terres, droits et privilèges. Le Parlement impérial, sous l'effet des controverses engendrées par la création du Manitoba, adopta la *Loi constitutionnelle de 1871*⁷². Par le biais de son article 3, le Parlement fédéral obtint la possibilité de modifier les frontières d'une province seulement avec son accord. Cette procédure fut suivie en 1898 lors d'une extension du territoire québécois vers le Nord. Des lois provinciales⁷³ et fédérales⁷⁴ furent adoptées dans le but de confirmer l'octroi de la terre de Rupert au Québec. En 1912, le Québec bénéficia d'une augmentation

70. *Id.*, p. 366.

71. 31 & 32 Vict. 6, R.-U., c. 105.

72. 34 & 35 Vict., R.-U., c. 28.

73. *Loi concernant la délimitation des frontières nord-ouest et nord-est de la province de Québec*, S.Q. 1898, c. 6.

74. *Acte concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province du Québec*, S.C. 1898, c. 3.

substantielle de son territoire par des lois de même nature⁷⁵, puisqu'il se vit octroyer le reste de la péninsule de l'Ungava. La frontière fut alors établie le long du rivage. Les lois exigeaient le respect de certaines conditions qui furent cependant abrogées quelques années plus tard⁷⁶.

Certains auteurs⁷⁷ ont prétendu que l'acquisition des territoires était sujette au respect de conditions. Parmi ces conditions, certains invoquent celles de l'article 2c) des lois de 1912 qui prévoit :

«c) La province de Québec reconnaîtra les droits des habitants sauvages dans le territoire ci-dessus décrit dans la même mesure, et obtiendra la remise de ces droits de la même manière, que le gouvernement du Canada a ci-devant reconnu ces droits et obtenu leur remise, et ladite province supportera et acquittera toutes les charges et les dépenses se rattachant à ces remises ou en résultant;»

Ces auteurs soutiennent que, vu le non respect de ces conditions par le Québec, le Canada serait justifié de vouloir récupérer ces territoires. D'après le professeur H. Brun l'alinéa c de l'article 2 a pour effet de réduire l'obligation du Québec de reconnaître les droits des autochtones à une obligation de ne pas nuire à leurs droits. Il poursuit :

«Pour ce qui est du 2e volet de 2c), soit l'obligation d'obtenir la rétrocession des droits des autochtones sur le territoire de 1912, il n'est rien d'autre qu'une délégation inconstitutionnelle de pouvoir.»⁷⁸

75. Au fédéral : *Loi à l'effet d'étendre les frontières de la province de Québec*, S.C. 1912, c. 45. Au Québec : *Loi concernant l'agrandissement du territoire de la province de Québec par l'annexion de l'Ungava*, S.Q. 1912, c. 7.

76. P. GIRARD, *loc. cit.*, *supra*, note 34, aux pp. 34-37; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, *supra*, note 27, à la p. 139.

77. D.J BERCUSON et B. COOPER, *Deconfederation-Canada without Quebec*, Toronto, Key Porter Books, 1991; S.A. SCOTT, «Autodétermination, sécession, division, légalité : observations» reproduit dans *Recueil des exposés et études soumis à la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté*, volume 1, tome 2, 1992, à la p. 463; D. L. VARTY, *Who gets Ungava?*, Vancouver, Varty & Company Printers, 1991.

78. H. BRUN, «Les conséquences territoriales de l'accession du Québec à la souveraineté», reproduit dans *Recueil des exposés et études soumis à la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté*, volume 1, tome 2, 1992, à la p. 486;

Ceci en raison de la compétence constitutionnelle du gouvernement fédéral relativement aux Indiens et à leurs terres. Seule une loi impériale aurait pu opérer un tel changement. Enfin, les conditions assorties à l'octroi du territoire de 1912, mentionnées dans les lois provinciales et fédérales, furent abrogées par les lois de chacun des paliers de gouvernement⁷⁹ qui confirmèrent la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* (11 novembre 1975). Aucune revendication ne peut aujourd'hui être fondée sur la base de conditions légales inexistantes. Les droits des autochtones sur ce territoire ont été éteints.

Des auteurs⁸⁰ ont prétendu que les territoires de 1898 et de 1912 furent acquis par le Québec en tant que province de la fédération canadienne, et que par conséquent une sécession amputerait le territoire québécois de cette région suite à la perte de son statut de province. Afin de rejeter une telle prétention, le professeur H. Brun⁸¹ stipule que vouloir retirer unilatéralement des territoires sur lesquels le Québec peut légiférer, pour des raisons de non respect des conditions fédératives ou autres, est imposer une sanction propre au droit civil, droit régissant les rapports entre individus. La situation qui nous préoccupe implique des questions de souveraineté et de territoire, elle est donc reliée au droit constitutionnel. Le pouvoir pour le Québec de légiférer sur ces territoires provient d'amendements constitutionnels. Par conséquent :

«Ce pouvoir [ne peut] être retiré ou transféré autrement que par l'exercice formel du pouvoir constituant expressément prévu à cette fin par la Constitution

P. GIRARD, *loc. cit.*, *supra*, note 34, aux pp. 37-38.

79. Au fédéral : *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, c. 32, a. 7. Au Québec : *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.Q. 1976, c. 46, a. 5. Pour avoir plus d'information sur la *Convention de la Baie James*, voir S. GRAMMOND, «Les effets juridiques de la *Convention de la Baie James* au regard du droit interne canadien et québécois», (1992) 37 *R.D. McGill* 761.

80. D.J BERCUSON et B. COOPER, *op. cit.*, *supra*, note 77; W. F. SHAW et L. ALBERT, *Partition : The Price of Quebec's Independence*, Montréal, Thornhill Publishing, 1980, p. 204; Les Cris dans *Status and rights of the James Bay Crees in the context of Quebec's secession from Canada submitted by the Grand Council of the Crees (of Quebec) to the Commission on Human Rights of the United Nations*, February 1992, p. 83 (ci-après dénommé *Status and rights of the James Bay Crees*).

81. H. BRUN, *loc. cit.*, *supra*, note 78, à la p. 482.

ou par l'exercice formel du droit à l'autodétermination par la collectivité elle-même.»⁸²

Par ailleurs, le territoire de l'Ungava fut rattaché en 1870 au Canada et non acheté par le gouvernement fédéral canadien à la Compagnie de la Baie d'Hudson comme le prétendent certains. L'entente fédérative de 1867 prévoyait l'attribution éventuelle des territoires, dont celui de la terre de Rupert, aux provinces fondatrices et non au gouvernement fédéral. Le gouvernement fédéral n'en étant pas propriétaire, n'a pu en faire «cadeau» au Québec.

Quant aux auteurs de l'opinion collective sollicitée par la Commission d'étude sur la souveraineté⁸³, ils affirment qu'un retrait de ces territoires impliquerait que le Québec reprenne la partie nord-est qu'il avait cédée au Canada en échange du territoire de 1898. Ce genre d'argumentation quant au retrait des territoires ne trouve pas de fondements juridiques.

La thèse voulant que le Québec accède à l'indépendance à l'intérieur des «limites du Canada français» antérieures à 1763 est illusoire, les limites de cette époque étant difficilement identifiables, et cette thèse résulterait en une violation du principe de l'intangibilité des frontières, vu entre autres l'empiétement qu'elle produirait sur le territoire des États-Unis⁸⁴.

Les arguments constitutionnels invoqués par les promoteurs de ces diverses thèses voulant le retrait des territoires ne sont guère convaincants et ne sauraient d'ailleurs être valablement opposés aux arguments de droit constitutionnel et de droit international fondés sur l'application de l'*uti possidetis juris*. À cet égard, nous partageons la thèse présentée dans l'opinion collective préparée pour la Commission d'étude sur la souveraineté reprenant l'affaire *Burkina Faso*, voulant qu'il faille prendre en considération «l'instantané territorial», donc la date de l'accession à la souveraineté afin de connaître les frontières d'un Québec souverain.

82. *Ibid.*

83. T.M. FRANCK, *loc. cit.*, *supra*, note 9, à la p. 405.

84. *Id.*, p. 402.

«Quelles qu'aient été les circonstances et les raisons qui ont conduit à la fixation des limites territoriales existant au moment de l'accession à l'indépendance, celle-ci *«arrête la montre sans lui faire remonter le temps»*⁸⁵. (l'italique est de nous)

À la lumière du droit international, le territoire provincial du Québec formerait son territoire étatique une fois le Québec devenu indépendant. L'*Avant-projet de Loi sur la souveraineté du Québec* confirme cette assiette territoriale en édictant à son article 4 que :

«Le Québec conserve les frontières qui sont les siennes au sein de la Confédération canadienne, au moment de l'entrée en vigueur de l'article 1 [c'est-à-dire une fois le Québec devenu souverain]. Il exerce ses compétences sur les zones maritimes et les territoires adjacents à ses côtes selon les modalités et dans les conditions prévues par les règles du droit international.»

Ainsi, ses anciennes frontières internes demeureraient les mêmes grâce à l'*uti possidetis juris* et sa frontière internationale serait maintenue.

Mais l'intégrité du territoire québécois est-elle susceptible d'être menacée par l'exercice du droit à l'autodétermination des nations autochtones vivant sur le territoire du Québec?

Chapitre III L'accession du Québec à la souveraineté et le problème de l'intégrité du territoire québécois en cas de revendications autochtones

Certains auteurs soutiennent que tous les peuples ont le droit de faire sécession, car il est l'une des modalités d'exercice du droit à l'autodétermination⁸⁶. D'autres affirment que l'accession à l'indépendance est «une question de pur fait que le droit international ne fonde ni ne réprouve : il en prend acte»⁸⁷. Pour ces derniers, seuls les peuples coloniaux et «reconnus

85. *Id.*, p. 404. *L'affaire du différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, *supra*, note 17, p. 388 semble, à tort vu la pratique récente des États nouvellement indépendants, privilégier l'approche contraire : celle voulant que l'*uti possidetis* soit un principe rétroactif.

86. D. TURP, *loc. cit.*, *supra*, note 4.

87. T.M. FRANCK, *loc. cit.*, *supra*, note 9.

comme tels par les Nations Unies» auraient droit de se former un État en invoquant le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁸⁸. Nous considérons que le droit à l'autodétermination est le moteur des revendications sécessionnistes de tous les peuples mais que le passage à la formation d'un État se révélera une question de fait, donc de contrôle effectif advenant plusieurs revendications territoriales par divers peuples, sur un même territoire.

3.1 Les nations autochtones : des peuples minoritaires

Différentes thèses ont été soulevées afin de déterminer si les autochtones auraient les droits attribués aux peuples. Si des juristes refusent tout droit à l'autodétermination aux autochtones parce qu'ils ne formeraient pas un ou des peuples au sens du droit international, d'autres stipulent que leur participation aux institutions du pays serait de nature à épuiser le droit à l'autodétermination qu'ils avaient. Est également invoquée la situation coloniale dans laquelle se trouveraient les autochtones; ces derniers par conséquent pourraient invoquer, outre le principe de l'égalité des droits des peuples, leur droit à l'autodétermination et donc accéder sur la base de ce droit à l'indépendance.

En l'absence d'une définition précise du mot «minorité», le droit international n'octroie pas les mêmes droits à une minorité qu'à un peuple. En effet, les règles internationales instaurées veulent essentiellement protéger les droits des minorités ethniques, linguistiques ou religieuses à l'intérieur de l'État sans toutefois leur accorder le droit de se constituer en État. Si les minorités revendiquent des territoires et parfois accèdent à l'indépendance, elles le font de façon illégale et se servent comme moyen d'action de la violence.

Quant aux peuples autochtones, ils se voient reconnaître plus de droits que ceux reconnus aux minorités. La situation des Amérindiens et des Inuit au Canada est bien particulière. Là encore, malgré une absence de définition précise de «peuples autochtones», force est de constater que les Amérindiens et les Inuit forment des peuples. Il suffit pour nous en persuader de se référer à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui les définit comme des

88. Pour eux, les Autochtones du Québec ne font pas partie de cette catégorie de peuples coloniaux qui auraient le droit de devenir indépendants par l'exercice du droit à l'autodétermination.

peuples. La province de Québec a d'ailleurs reconnu les «nations autochtones» dans les quinze principes adoptés le 9 février 1983 par le conseil des ministres, ainsi que par la résolution de l'Assemblée nationale du 20 mars 1985. De plus, il a été demandé au gouvernement de faire des ententes avec les nations intéressées afin de leur accorder l'exercice «du droit à l'autonomie au sein du Québec [...] de façon à leur permettre de se développer en tant que nations distinctes ayant leur identité propre et exerçant leurs droits au sein du Québec». Le préambule de la *Loi instituant la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec*⁸⁹ accorde également des droits aux Amérindiens et aux Inuit. Il existe par ailleurs des instruments juridiques internationaux voulant protéger les droits des autochtones et particulièrement leurs droits de nature territoriale. Notons l'existence d'un *Projet de Déclaration Universelle sur les droits des peuples autochtones*⁹⁰ qui leur octroie le droit à l'autodétermination (art. 3 et 31) et d'une *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux*⁹¹ adoptée par l'Organisation Internationale du Travail en 1989 et entrée en vigueur en 1991, qui leur accorde le droit de disposer d'eux-mêmes seulement à l'intérieur de l'État.

Nous sommes d'avis que la coexistence de plusieurs peuples sur un même territoire n'est pas un obstacle à l'exercice de leur droit à l'autodétermination. L'emploi du terme «nation» pour désigner les autochtones traduit l'idée de race. Chaque peuple autochtone possède une langue, une culture et une histoire bien particulière, répondant ainsi au critère objectif nécessaire à la qualification de

89. L.Q., 1990, c. 34.

90. Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, Octobre 1991. *Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur sa neuvième session*, C.E.S., Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1991/Rev.1, p. 53; *Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur sa dixième session*, C.E.S., Doc. N.U., E/CN.4/Sub.2/1992/33, p. 32. *The Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, as approved by the members of the working Group on Indigenous Populations and Reported to the United Nations Sub-Commission on Prevention of discrimination and protection of minorities in August, 1993*, [1994] 1 C.N.L.R. 40, and commentaries by D. SANDERS, p. 48 and by M.E. TURPEL, p. 50.

91. Convention n° 169, n'a été ratifiée que par quelques États dont la Norvège, du Mexique, de la Colombie et de la Bolivie; voir également sur les autochtones : A. BISSONNETTE, «Le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones : un phénix qui renaîtra de ses cendres», (1993) 24 R.G.D. 5; R.N. CLINTON, «The Rights of Indigenous Peoples as Collective Group Rights», (1990) 32 *Arizona Law Review* 739.

peuples. Les événements de l'été 1990 démontrent de plus le désir des Mohawks de vivre ensemble, répondant cette fois au critère subjectif par leur volonté de vivre ensemble. Les caractéristiques communes à chacun des groupes autochtones et leur désir de vivre ensemble indique de façon indéniable que les autochtones forment des peuples. Notre analyse nous conduit à considérer les autochtones comme formant des peuples minoritaires, vu l'immigration massive de «l'homme blanc»⁹². Il existe actuellement 11 nations ou peuples autochtones au Québec, et à la lumière *des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme* plus particulièrement, chacune de ces nations pourrait devenir souveraine si elle possédait les éléments fondamentaux pour se constituer en État. Ces nations pourraient en outre décider de faire partie d'un Québec souverain, ou demeurer au sein du Canada si telle était leur volonté. Les Cris de la Baie James ont exprimé leur désir de vivre en tant que peuple; et ils sont un peuple vu leurs coutumes, leur droit, leur langue et leur économie qui leur sont particuliers. Leur dimension politique et internationale existe par la création d'une ambassade de la nation crie. Même si actuellement, ils ne revendiquent pas leur souveraineté, cette option demeure envisageable⁹³. Ils ont par ailleurs affirmé vouloir tenir un référendum pour déterminer s'ils se rattacheraient au Canada, au Québec, ou se constitueraient en État advenant un référendum sur la séparation du Québec. Le Grand conseil des Cris a annoncé, le 19 février 1995 la formation de la Commission Eeyouch sur l'avenir, le statut et les droits des Cris de la Baie James en cas de souveraineté du Québec. La nation huronne-wendat a eu l'occasion de se prononcer quant à la position qu'elle adopterait si la province de Québec décidait de son avenir :

«Nous sommes prêts en tout temps à nous asseoir et à discuter avec le Québec, mais en aucun cas nous ne le ferons pour diminuer notre propre souveraineté ou nos droits...»

92. Voir également l'article rédigé par le Vice-Grand chef du Grand conseil des Cris du Québec: D.R. SAGANASH, «Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones», (1993) 24 *R.G.D.* 85. V. C. TENNANT, «Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993», (1994) 16 *Human Rights Quarterly* 1-57. E. STAMATOPOULOU, «Indigenous Peoples and the United Nations : Human Rights as a Developing Dynamic», (1994) 16 *Human Rights Quarterly* 58-81.

93. *Status and rights of the James Bay Crees*, *supra*, note 80, à la p. 45.

Les peuples autochtones insistent particulièrement pour une reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Le fait pour les peuples autochtones de posséder leur propre gouvernement leur permettrait de ce fait de protéger les droits des autochtones, les droits et libertés de la personne possiblement menacés par les abus de gouvernements «étrangers». Le droit international a voulu permettre aux peuples d'exercer leur droit à l'autodétermination afin de réduire ainsi les tensions entre peuples. Chaque peuple aurait donc le droit de choisir son statut politique. La communauté internationale les a toujours incités à se libérer de forces opprimantes. Certains ont stipulé que le droit de se constituer en État était réservé aux peuples coloniaux dont le territoire était séparé de celui de la métropole par un espace maritime, afin que soit préservée l'intégrité territoriale. Or l'auteur R.L. Barsh réfute, à juste titre, cette théorie :

«It makes no sense historically or geographically to make the right to self-determination depend on a few miles of ocean. An invasion is an invasion; whether it is by land or by sea»⁹⁴,

Il est intéressant de constater que de nombreux pays coloniaux et entités fédérées ayant accédé à l'indépendance, ont souvent invoqué le principe du respect de l'intégrité territoriale par les peuples minoritaires se situant sur leur territoire. De tels arguments ont été émis afin de protéger une unité nationale précaire. Le Québec serait bien mal venu d'invoquer la *Déclaration sur les relations amicales*⁹⁵ de 1970 afin de maintenir l'unité territoriale, vu que lui-même aurait rejeté son application afin de devenir souverain. Ce principe n'est ni déclaratoire d'une règle coutumière, ni l'assise du développement d'une telle règle. Ainsi, l'article 3 de l'*Avant-projet de Loi sur la souveraineté du Québec* fait en sorte que le Québec applique cette *Déclaration* en stipulant que la nouvelle constitution du Québec doit «reconnaître aux nations autochtones le droit de se gouverner sur des terres leur appartenant en propre. [...] cette reconnaissance s'exer[çant] dans le respect de l'intégrité du territoire québécois.» Cet article restreint les droits des autochtones en ce qu'il renferme dans

94. R.L. BARSH, «Indigenous Peoples and the Right to Self Determination», dans *International Law and Aboriginal Human Rights*, Sydney, The law book company Ltd, 1988, p. 72.

95. *Supra*, note 6.

un même paragraphe et subordonne à une même condition soit le respect de l'intégrité du territoire québécois, les droits de la communauté anglophone et des nations autochtones. De plus, les autochtones ne sont pas qualifiés de peuples dans cet article. Ainsi, leur droit d'accéder à l'indépendance ne serait pas reconnu dans cette nouvelle constitution⁹⁶.

Il est également possible de considérer, dans une certaine mesure, le droit pour un peuple de s'autodéterminer comme complémentaire du principe de l'intégrité territoriale. Le maintien de l'unité territoriale de l'État repose, en pratique, sur le comportement du gouvernement central. S'il accepte de respecter l'exercice du droit pour un peuple de s'autodéterminer au niveau interne, de lui accorder une plus grande autonomie au sein de l'État, ce peuple sera moins porté à demander l'indépendance. L'État doit tenir compte des évolutions qui se font sur son territoire et doit être à même de s'adapter aux changements nationaux découlant du droit pour un peuple de se constituer en État souverain. Il faut par ailleurs examiner si le contrôle exercé par l'autorité indépendantiste sur le territoire revendiqué et sur la population est effectif, pour lui permettre de devenir un État. «Le territoire d'un État n'est pas immuable»⁹⁷. Par ailleurs, le faible nombre de personnes dont se compose un peuple n'est pas un obstacle à l'exercice du droit de sécession :

«State practice seems to indicate that no such minimum limit exists. Examples of States with very small populations include Tuvalu (pop. 8,229), Nauru (pop. 8,042), San Marino (pop.22,206), Liechtenstein (pop. 26,680), Andorra (pop. 42,000).»⁹⁸

-
96. C. HILLING, «Autodétermination et sécession confondues», *Le Devoir*, 13 janvier, 1995, p. A-9.
97. A. N'KOLOMBUA, «L'ambivalence des relations entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'intégrité territoriale des États en droit international contemporain», dans *le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, méthode d'analyse du droit international*, Paris, Éditions A. Pedone, 1984, p. 434.
98. I. FSADNI, «Criteria for Statehood», dans Canadian Council on International Law, *Bulletin*, 1989, vol. 16, n° 3, p. 8.

3.2 Contestation de l'application de la règle de l'*uti possidetis* au Québec

Les peuples autochtones⁹⁹ et notamment les Cris de la Baie James¹⁰⁰ revendiquent l'exercice de leur droit à l'autodétermination sur leurs territoires traditionnels de 1898 et 1912 qui forment les deux tiers du territoire québécois. Ils ont retenu la thèse que les territoires octroyés au Québec en 1898 et 1912 le furent car le Québec faisait partie de la fédération canadienne et dans le but d'étendre le territoire. Le fait pour le Québec de devenir souverain lui retirerait l'acquis de ces territoires. Or, comme nous l'avons déjà mentionné¹⁰¹, cette théorie doit être écartée car elle aboutit à appliquer des règles de droit civil à une situation qui relève du droit constitutionnel.

Par ailleurs, les Cris de la Baie James rejettent l'application automatique au Québec souverain du principe de l'*uti possidetis juris*. D'après eux :

«The rule of *uti possidetis* would not automatically apply in the case of Quebec secession. Nor does it appear to be a universal principle that has had widespread application in non-colonial situations. Moreover, the appropriateness of applying such a rule in the context of Quebec secession and the competing aboriginal rights of self-determination must be seriously challenged. The reasons are as follows :

i) It is critical to note that the rule of *uti possidetis* is not a *mandatory* one under international law»¹⁰² (l'italique est de nous)

L'arrêt *Burkina Faso*¹⁰³ a déjà exprimé, comme nous l'avons mentionné, que la règle de l'*uti possidetis* était d'application générale et donc applicable tant aux colonies devenant indépendantes qu'aux états sécessionnistes¹⁰⁴, comme le

99. *Journal des débats*, Commission d'études des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, Assemblée nationale, 1ère sess., 34e législature, 11 février 1992, n° 27, p. CEAS-816.

100. *Status and rights of the James Bay Crees*, *supra*, note 80, aux pp. 74 et ss.

101. Voir les commentaires émis relativement aux notes 80 et suivantes.

102. *Status and rights of the James Bay Crees*, *supra*, note 80, à la p. 79.

103. *Supra*, note 17.

104. Voir les commentaires émis relativement aux notes 33 et suivantes.

démontre la récente accession des états à la souveraineté à travers le monde. Ce principe est devenu une règle coutumière, consolidée par la récente pratique des États nouvellement indépendants et par l'existence d'une *opinio juris*. Mais il est vrai que par consentement mutuel des parties intéressées celles-ci peuvent décider d'écarter son application.

Les peuples autochtones et les Cris invoquent¹⁰⁵ :

«...in no case has the International Community recognized, as an institution of international law, the principle of *uti possidetis*. It remains, just like the Bull of Pope Alexander VI wherein it originates, derogatory to general international law, which insists on occupation as a basis for sovereignty. A rule derogating to generally accepted customary international law is binding only on those persons which have, by a Convention, expressly agreed to it.»¹⁰⁶

Une entité doit, pour se constituer en État, posséder un contrôle effectif sur sa population permanente, son territoire délimité, et être indépendante dans ses relations extérieures. L'exercice d'un contrôle effectif et l'application de l'*uti possidetis juris* ne sont pas nécessairement incompatibles. En effet, afin de maintenir des relations de paix entre les parties concernées l'état accède à la souveraineté dans les limites qu'il possédait déjà, donc en principe sur le territoire soumis à son contrôle effectif. Le Québec possède-t-il un contrôle effectif sur le nord de son territoire? Le climat arctique, l'accès difficile et le faible nombre de personnes s'y trouvant relativisent ce qu'il faut entendre par contrôle effectif¹⁰⁷. Ce territoire est sous sa juridiction puisque les lois y sont appliquées, des Québécois y vivent, des infrastructures québécoises ont été mises en place afin d'assurer des services politiques, économiques et éducatifs; sont présents des barrages hydro-électriques et des villes minières.

De façon générale, le Québec possède un contrôle sur sa population et sur son territoire. Pousser davantage la signification de l'existence d'une occupa-

105. *Status and rights of the James Bay Crees*, *supra*, note 80, à la p. 80.

106. *Ibid.*, reprenant M.M. WHITEMAN, *Digest of International Law*, Department of State Publication, Washington, D.C., 1963, p. 1086.

107. Voir Affaire du Groenland oriental (Danemark c. Norvège), arrêt du 5 avril 1933, C.P.J.I., Recueil 1933, série A/B n° 53, p. 2.

tion effective peut conduire à prôner la violence contraire à la création même de ces principes. Par contre, nous sommes d'avis que sur certaines parcelles de territoire, la présence québécoise est pratiquement inexistante comparativement à la grande concentration de peuples autochtones s'y trouvant. Par conséquent, les nations autochtones pourraient à leur tour exercer leur droit à l'autodétermination sur ces parcelles de territoire et accéder à la souveraineté, se rattacher au Québec souverain ou demeurer au sein du Canada, si en plus de leur présence physique ils instaurent des infrastructures en ces endroits.

Poursuivant leur analyse, ces nations autochtones affirment que le principe de l'*uti possidetis* contrevient au droit à l'autodétermination des peuples, et que son application serait donc fonction de l'existence d'un consentement entre les parties concernées. Elles citent à cet effet l'affaire *Burkina Faso*¹⁰⁸, qui affirme cependant que les problèmes de stabilité causés par un tel conflit de principes juridiques «a amené» les États africains à consentir au respect des frontières coloniales¹⁰⁹. Il n'y a donc pas d'obligation pour l'état voulant accéder à l'indépendance d'obtenir le consentement d'autres peuples qui exercent leur droit à l'autodétermination sur ce même territoire, mais cet état a tout intérêt à obtenir un tel accord afin d'exercer un contrôle effectif sur son territoire.

Enfin, d'après les Cris de la Baie James, la règle de l'*uti possidetis* est une exception qui doit être interprétée de façon restrictive. Nous avons de la difficulté à concevoir une telle interprétation puisqu'aucune restriction ne semble être applicable à cette règle; elle s'applique ou ne s'applique pas.

Par conséquent, une seule situation demeure problématique. Il s'agit de celle où le Québec réclame la souveraineté en même temps que les peuples autochtones exercent leur droit à l'autodétermination soit par une accession à la souveraineté, soit par un rattachement au reste du Canada. Nous sommes d'avis que le Québec devra redessiner ses frontières en fonction des régions délimitées et occupées par des peuples qui auront exercé leur droit à l'autodétermination de la façon décrite ci-dessus et qui exerceront un contrôle effectif sur leur territoire et leur population. Ainsi, par accord, le Québec devrait avec ses

108. *Supra*, note 17, à la p. 567.

109. *Status and rights of the James Bay Crees*, *supra*, note 80, à la p. 82.

peuples négocier les frontières appropriées. Il est intéressant de voir la position de force dans laquelle seraient placés les peuples autochtones. En effet, les enjeux économiques pour le Québec, si des peuples autochtones décidaient d'exercer de façon externe leur droit à l'autodétermination, seraient considérables vu l'emplacement des barrages hydro-électriques de la baie James. Il semblerait qu'un contrôle effectif par des nations autochtones sur le territoire où se trouve le barrage autoriserait ces peuples en vertu du paragraphe 1a) de l'article 15 de la *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États*, qui codifie le droit coutumier, à exercer leur souveraineté sur cette partie du territoire. S'agissant d'une règle à laquelle on peut déroger par accord, les autochtones seraient en position de force dans les négociations. Mais encore faut-il qu'ils aient un contrôle effectif sur le territoire, or le Québec verrait sûrement à contrôler cette région. À défaut d'accord concernant les frontières, l'Assemblée générale des Nations Unies pourrait demander à la Cour Internationale de Justice¹¹⁰ de délimiter les frontières dans un avis consultatif. Dans la pratique, l'exercice du droit à l'autodétermination au niveau externe par des peuples différents se fait de façon successive et donc l'application de l'*uti possidetis juris* s'en trouve facilitée : chaque peuple accède à la souveraineté dans les limites définies du territoire qu'il contrôle.

3.3 Le territoire des nations autochtones : territoire sur lequel ils ont un contrôle effectif

En l'absence de limites administratives existantes, les peuples autochtones devraient créer des limites autour des régions sur lesquelles ils possèdent un contrôle effectif. Le contrôle doit être effectif sur leur population et leur territoire afin qu'ils puissent devenir souverains ou se rattacher au Canada. Il ne faut pas l'oublier, le contrôle que peut exercer un gouvernement sur sa population est avant tout basé sur les liens qui unissent la population et le territoire qu'elle occupe¹¹¹. Il faut comprendre le lien spirituel qui unit les autochtones à leur terre :

110. *Statut de la Cour Internationale de Justice*, (1945) 15 C.N.U.C.I.O. 365, art. 34-36, 65 et ss.; voir R. SCHAFFER, «International Law and Sovereign Rights of Indigenous Peoples», dans *International Law and Aboriginal Human Rights*, Sydney, The law book company Ltd, 1988, p. 19-42.

111. R. SCHAFFER, *ibid.*

«It must be understood that, for indigenous populations, land does not represent simply a possession or means of production. It is not a commodity that can be appropriated, but a physical element that must be enjoyed freely. It is also essential to understand the special and profoundly spiritual relationship of indigenous peoples with Mother Earth as basic to their existence and to all their beliefs, customs, traditions and culture.»¹¹²

D'ailleurs le mot autochtone signifie «né du sol lui-même»¹¹³. Est-ce à dire que les peuples autochtones auraient droit, comme certains le prétendent, aux territoires sur lesquels ils ont exercé leurs droits de pêche ou de chasse depuis la nuit des temps? Nous ne le pensons pas. Cette thèse extrémiste s'apparente à une appropriation injustifiée plutôt qu'à l'exercice légitime d'un droit de sécession ou de rattachement. Ce qui importe, nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner, c'est «l'instantané territorial». Il faudra donc considérer leur territoire, leur population et leur contrôle au moment où ils voudront soit devenir indépendants soit se rattacher au Canada. Bien sûr, le territoire à considérer pourra correspondre à celui de leur réserve, ou être plus grand, car leur création visait à maintenir leurs traditions, à bénéficier d'un support collectif et à garder ainsi une certaine unité sans oublier le contrôle et l'espoir de les assimiler à la société nord-américaine, en leur offrant parfois une assiette territoriale minime.

Quant aux Cris et aux Inuit, ils ont renoncé à «leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du territoire et du Québec...». Le Québec et le Canada ont consenti à cette cession. En revanche, ils ont acquis certains droits et avantages : ils possèdent la propriété des terres tombant dans la catégorie I, ont des droits exclusifs de chasse, de pêche et de trappage sur les terres de la catégorie II, quant aux terres de la catégorie III, ils ont des droits privilégiés, droit d'accès et d'utilisation qui ne leur sont pas exclusifs.

«Pour étendus qu'ils soient, ces droits s'analysent, au maximum, comme des droits de propriété (catégorie I) ou d'usage (catégories II et III). Et il n'est pas

112. *Ibid.*

113. E. GOURDEAU, «La question autochtone», reproduit dans *Recueil des exposés et études soumis à la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté*, volume 1, tome 1, 1992, à la p. 255.

indifférent de constater que, même en ce qui concerne les terres relevant de la catégorie I, le Québec conserve le droit de les utiliser «à des fins publiques», la propriété des droits miniers et souterrains (même si les populations autochtones doivent consentir aux exploitations minières) et «certains pouvoirs d'expropriation.»¹¹⁴

Les Cris revendiquent les territoires de 1898 et 1912 comme étant leurs territoires traditionnels. Or, ces mêmes territoires furent occupés par d'autres peuples dont les Inuit, pendant des centaines d'années. Nous suggérons comme limites de leur territoire les terres de la catégorie I et II, sous contrôle effectif des Cris et Inuit. Ces limites sont néanmoins fonction de la situation et peuvent faire l'objet de négociations si cela s'avère nécessaire. Par ailleurs, rien n'empêche la création d'une fédération autochtone, si telle était la volonté des peuples. Si les peuples désireux de devenir souverains ou de se rattacher au Canada n'arrivaient pas à définir leurs limites territoriales, l'Assemblée générale des Nations Unies pourrait saisir la Cour Internationale de Justice afin qu'elle émette un avis consultatif délimitant leurs territoires, car seuls des États peuvent être jugés devant cette cour.

Même si le choix revient en définitive aux autochtones sur les modalités d'exercice du droit à disposer d'eux-mêmes, nous pensons en l'absence d'assiette territoriale définie et vu la perte d'une partie de leurs caractéristiques ancestrales, qu'il serait plus avantageux pour les autochtones de demeurer à l'intérieur d'un État. D'autre part, si le fait d'accéder à l'indépendance leur permettait de retrouver pleinement leurs coutumes, un tel État pourrait difficilement s'adapter à une communauté formée d'États «modernes» :

«Quoi qu'il en soit, il faut espérer que la fin du 20ième siècle marquera également la fin d'un régime qui garde sous tutelle directe ou indirecte les Amérindiens, les réduit à un statut de citoyens mineurs et perpétue leur état de dépendance; un état qui leur nie en quelque sorte la fierté qui caractérisait leurs ancêtres et qui leur avait valu - lors des conquêtes française et anglaise - d'être à la fois craints et respectés.»¹¹⁵

114. T.M. FRANCK, *loc. cit.*, *supra*, note 9, à la p. 393.

115. E. GOURDEAU, *loc. cit.*, *supra*, note 113, à la p. 268.

En vertu des règles du droit international relatives au droit des traités et à la succession d'États en matière de traités, le Québec souverain conserverait son unique frontière internationale qu'il avait en tant que province. Ainsi, la frontière Québec/États-Unis demeurerait à moins d'accord contraire de la part des deux parties. D'autre part notre analyse nous conduit à conclure à l'application de l'*uti possidetis juris* et donc à l'attribution à un Québec souverain des frontières délimitant son territoire provincial. Cette thèse n'est valable qu'en l'absence de tout exercice du droit de sécession ou de tout rattachement au Canada par les nations autochtones. Toutefois, face à une telle volonté de la part des nations autochtones, le Québec se verrait amputer de régions territoriales alors sous leur contrôle effectif. L'implosion du Canada serait donc à l'origine de la naissance de plusieurs pays ou d'un nouveau tracé des frontières du Québec, dans l'hypothèse où des nations autochtones voudraient se rattacher au Canada. Ainsi, seul l'exercice du droit à l'autodétermination sous l'angle décrit ci-dessus par les nations autochtones pourrait être à l'origine d'une nouvelle morphologie des frontières du Québec, attendu que les minorités à l'intérieur du Québec ne disposent pas du droit à l'autodétermination.

Si le Québec accède au statut d'État souverain, ses nouvelles frontières bénéficieront de la protection du droit international, qui se porte garant du respect de la stabilité des frontières devenues internationales. En effet, l'État québécois serait notamment protégé par la *Charte des Nations Unies*¹¹⁶ et son article 2 qui stipule :

«L'Organisation des Nations Unies et ses Membres, dans la poursuite des Buts énoncés à l'article 1, doivent agir conformément aux Principes suivants : [...]

4. Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les Buts des Nations Unies.»

116. (1945) 15 *C.N.U.C.I.O.* 365.

Cet article est renforcé par le préambule et les principes énoncés dans la *Déclaration sur les relations amicales* qui reprend entre autres l'article 2 de la *Charte des Nations Unies* et l'approfondit :

«Tout État a le devoir de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force pour violer les frontières internationales existantes d'un autre État ou comme moyen de règlement des différends internationaux, y compris les différends territoriaux et les questions relatives aux frontières des États.»

Si la question de l'intégralité territoriale du Québec demeure importante, il ne faut pas envisager cette question sans prendre en considération le contexte politique et international dans lequel elle s'inscrit. En effet, l'heure est aux regroupements et à la création d'entités supranationales. La volonté de faire disparaître les obstacles à la libre circulation des personnes, des marchandises et des services transcende la notion d'identité nationale. Le nouvel ordre mondial se manifeste à la fois par la multiplication des nouveaux États sur la scène internationale et la création de regroupements politiques et économiques. Par conséquent, si le territoire physique d'un Québec souverain reste limité aux frontières actuelles de l'état fédéré québécois, le Québec conserve la possibilité d'élargir son territoire économique, voire même politique, à un ensemble relativement large de pays.

Un Québec souverain aura la possibilité d'élargir son espace économique et politique en devenant membre des organisations internationales à vocation économique. Il devra également essayer de s'intégrer dans un réseau de relations économiques internationales, en adhérant entre autres à l'accord de libre échange canado-américain et à l'A.L.E.N.A (Accord de Libre Échange Nord Américain) auquel adhère le Mexique. Mais un Québec souverain pourrait également imaginer la création d'une Union douanière (Québec-Canada), d'un marché commun ou d'une union économique et monétaire avec le Canada, voire même avec les États-Unis¹¹⁷. Il s'agira de mettre en place des régimes qui permettront le maintien de l'espace économique canado-québécois susceptible

117. Une option récemment envisagée a été la création d'une union monétaire Québec/États-Unis. Voir M. MASSE, «Une union monétaire avec les États-Unis permettrait d'éviter les principaux problèmes que cause l'association avec le Canada», *Le Devoir*, 12 mars, 1993, p. A-9.

d'engendrer la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux. L'adhésion du Québec souverain au G.A.T.T., au F.M.I., à la Banque mondiale et à l'O.C.D.E. favorisera également l'insertion de cet État dans un espace économique mondial dont les frontières sont de moins en moins étanches.

Tout en étant maître de son avenir, un Québec souverain pourra ainsi repousser ses frontières et participer, comme les autres États, à l'édification d'une communauté internationale à laquelle il sera fier d'appartenir.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LAMENTING THE DISAPPEARANCE OF PRAGMATISM : SUBSIDIES
LAW AFTER THE URUGUAY ROUND

Auteur(s) : Lara FRIEDLANDER

Revue : RDUS, 1994-1995, volume 25, numéro 1-2

Pages : 287-315

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12915>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12915>

Page vide laissée intentionnellement.

**LAMENTING THE DISAPPEARANCE
OF PRAGMATISM :
SUBSIDIES LAW AFTER THE URUGUAY ROUND**

by Lara FRIEDLANDER*

L'adoption des Accords dits de la phase d'Uruguay démontre de façon significative le passage du GATT de l'orientation pragmatique à l'approche légaliste. Les subventions qui constituent un aspect de plus en plus controversé du commerce international sont parmi les mesures affectées par ce changement d'orientation. Ainsi, par exemple, au lieu de l'ancienne méthode dite de deux voies, la légalité des subventions dans le cadre du GATT sera maintenant établie principalement par des tests de spécificité et de préjudice. L'auteure prétend que l'Accord de la phase d'Uruguay portant sur les subventions aura pour effet d'affaiblir le GATT, les pressions domestiques forçant les États à en ignorer les dispositions. Elle suggère donc que la réforme du droit applicable aux subventions aurait avantage à recourir à l'usage de la clause d'invalidation ou d'affaiblissement des avantages tirés des concessions commerciales. Puisque cette clause fait sentir la contrainte de la réciprocité, elle amène les États à se comporter en prenant pour acquis que les autres États observent également leurs engagements; du même coup, cette clause possède une légitimité supérieure à celle des Accords de la phase d'Uruguay. Or, une telle légitimité est cruciale lorsque la viabilité même de l'ordre juridique international dépend de son respect par chacun des États.

1. LL.B., University of Toronto. Student-at-law, McMillan Binch. I would like to thank Professor Michael Trebilcock for his helpful comments and suggestions.

Acceptance of the Uruguay Round Agreements marks a significant re-orientation of the GATT from pragmatism to legalism. Not least among the measures affected by this shift is subsidies, an increasingly controversial area of trade law. Unlike the previous Track 1/ Track 2 method, GATT-legality of subsidies will be now be determined primarily by specificity and injury tests. This paper argues that the Uruguay Round Agreement on subsidies will eventually undermine the GATT as domestic pressures force states to ignore GATT rules. The paper goes on to suggest that subsidies law reform should concentrate on encouraging the use of the nonviolation nullification and impairment provision. As nonviolation nullification and impairment facilitates reciprocity by regulating reliance-induced behaviour, its legitimacy is stronger than that of the Uruguay Round Agreements. Such legitimacy is crucial when the viability of an international legal order depends on self-enforcement.

(1994-95) 25 R.D.U.S.	<i>Lamenting the Disappearance of Pragmatism : Subsidies Law After the Uruguay Round</i>	289
-----------------------	--	-----

TABLE OF CONTENTS

Introduction	291
Subsidies	292
a) Subsidies Law Before the Uruguay Round	292
b) The Uruguay Round	296
Nullification and Impairment	302
a) Summary of the Law of Article XXIII:1(b)	303
b) Effectiveness of Article XXIII:1(b)	307
Nullification and Impairment and the Uruguay Round Agreement	311
Conclusion	315

*Lamenting the Disappearance
of Pragmatism :
Subsidies Law After the Uruguay Round*

(1994-95) 25 R.D.U.S.

Introduction

Underlying the many battles that have been fought during the Uruguay Round of negotiations on the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)¹ is one major theme : the transformation of the GATT into a rules-oriented world legal order. The dialectic between a negotiation-oriented, pragmatist model and a legalist, rules-oriented model has existed from the very inception of the GATT². In 1950, the pragmatist model prevailed : proposals for the International Trade Organization (ITO) were defeated by American protection of state sovereignty³. The momentum of the legalist model has increased over the past forty-five years⁴, as complaints of weakness in the GATT regime have accumulated⁵. Many of the elements of the Uruguay Round Agreements⁶, such as the creation of an appellate body and the augmentation of surveillance functions, reflect this trend.

Acceptance of the Uruguay Round Agreement in December, 1993 marks a profound re-orientation of the GATT. This paper will argue against this legalistic shift and will posit instead that the vision of the GATT as a diplomatic instrument should have been strengthened. It will assert these propositions in

-
1. 61 Stat. A3, T.I.A.S. No. 1700 at 47, 55 U.N.T.S. 187.
 2. See for example J. Jackson, *The World Trading System : Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1989, at 299-308; J.M. Lutz, «GATT Reform or Regime Maintenance : Differing Solutions to World Trade Problems», (1991) 25:2 J. of World Trade 107; J. Carlson, «Hunger, Agricultural Trade Liberalization and Soft International Law : Addressing the Legal Dimensions of a Political Problem», (1985) 70 Iowa L.R. 1187; R.E. Hudec, «GATT Dispute Settlement After the Tokyo Round : An Unfinished Business», (1980) 13 Cornell Int'l L.J. 145.
 3. R. Howse and M.J. Trebilcock, *International Trade : Legal Order and Political Economy*, (unpublished manuscript, 1993), c.1 at 36.
 4. H.J. Cheetham, «The Federal Government Proposals for Reform of the GATT Dispute Settlement System : Continued Momentum for a Rules-Oriented Approach to Dispute Settlement in International Trade Agreements», (1991) 22 R.G.D. 431 at 432.
 5. V.C. Price, «New Institutional Developments in GATT», (1992) 1 Minn. J. Global Trade 87 at 90; R.E. Hudec, *Enforcing International Trade Law : The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, New Hampshire, Butterworth, 1993, at 362; R.Z. Lawrence & R.E. Litan, «The World Trading System After the Uruguay Round», (1990) 8 Boston U. Int'l L.J. 247 at 251; Howse and Trebilcock, *supra*, note 3, c. 15 at 28-9.
 6. *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations : Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, 15 December, 1993, MTN/FA, UR-93-0246 [Hereinafter «Uruguay Agreement»].

the context of subsidies, a contentious branch of GATT law which has spawned many of the complaints referred to above⁷. It will argue that the new agreement on subsidies represents an attempt to impose a legalist framework on a mixture of legalist and pragmatist substance. Finally, this article will draw conclusions from the application of the new approach to the subsidies context, and attempt to generalize about the future of the GATT as a legal order.

Subsidies

a) Subsidies Law Before the Uruguay Round

Initially, the GATT provisions regarding subsidies were somewhat sparse. Article VI of the GATT prohibited the use of any export subsidy, direct or indirect, with the exception of subsidies for primary products. Subsidies on primary products only violated the GATT if they resulted in an inequitable share of world trade. There was no remedial provision other than Article XVI which merely required notification and consultation.

A more aggressive subsidies regime did not appear until the Tokyo Round. The Subsidies Code⁸ was a compromise between two views on the regulation of subsidies : the «injury-only» school and the «anti-distortion» school⁹. The injury-only school contends that subsidies are not harmful by definition. They can help correct market distortions and support economic and political goals which are distinct from economic efficiency. Therefore trade remedies should only be used when injury is caused to the domestic production industry of another state. The anti-distortion school reasons that all subsidies are bad because they reduce productive and distributive efficiency. The result of the compromise between these two views was a two-track approach. The first track,

7. Subsidies complaints comprised approximately 38% of GATT litigation up to and including 1989. Hudec, *supra*, note 5 at 339.

8. *Agreement on Interpretation and Application of the Articles VI, XVI and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade*, (1980) 26 BISD 56; 31 U.S.T. 513; T.I.A.S. No. 9619 [hereinafter «Subsidies Code»].

9. J.H.J. Bourgeois, «The GATT Rules for Industrial Subsidies and Countervailing Duties in the New GATT Round - The Weather and the Seeds» in *The New GATT Round of Multilateral Negotiations : Legal and Economic Problems*, E. Petersmann & M. Hilf (eds.), Deventer, Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, 219 at 231-2.

Article 4 of the Subsidies Code, allowed states to impose countervailing duties on export subsidies, as long as the aggrieved party could show the existence of a subsidy, material injury and a causal link between the subsidy and the injury. In contrast, Article 11 merely allowed a state to request consultations with any other party when an export subsidy existed or when any subsidy appeared to be causing harm to a domestic industry. No other specific remedial provisions were contemplated.

The two track approach to subsidies caused much concern among trade theorists, as well as among the GATT's member states. A basic source of contention was the vagueness of the definition of a subsidy. The GATT divided subsidies into countervailable export subsidies and other subsidies, but gave no definition of either term. A list in the Annex to the Code prohibited certain subsidization schemes such as direct subsidies contingent upon export performance and currency retention schemes involving export bonuses, but the list was merely «illustrative and non-exhaustive»¹⁰. The GATT had developed a fairly effective legal framework for export subsidies¹¹, yet had been unable to find an equivalent principle for domestic subsidies. The reason for this is clear: it is difficult to discover a legitimate domestic policy justification for an export subsidy. However, many domestic subsidies have legitimate policy justifications : long-term economic stability, infant industries, religious preferences, lifestyle preferences and preservation of traditional work patterns are just a few examples¹². The legitimacy of domestic subsidies is recognized in the very text of the General Agreement. Although Article XVI notes that domestic subsidies can be harmful to other states' interests and distort trade, it also states that domestic subsidies are «widely used as important instruments for the promotion of social and economic policy objectives such as employment sustenance, restructuring of certain economic sectors and re-training»¹³. According to Depayre and Petriccione, the intellectual difficulty of finding an umbrella principle which covers an almost endless variety and degree of government policies and the diversity of political attitudes on what should be considered a

10. Article XI:3.

11. Bourgeois, *supra*, note 9 at 228.

12. Jackson, *supra*, note 2 at 19-20.

13. Article XI:1.

legitimate subsidy have resulted in an inability to define an actionable subsidy¹⁴. Despite the widespread use of subsidies world-wide, the number of rulings against subsidies has been remarkably low¹⁵. The lack of clarity of a definition of subsidies has made an effective regulation regime impossible and has significantly decreased incentives to reduce or eliminate subsidies.

A second criticism of the current approach to subsidies centers on the GATT's dispute settlement mechanism. One consequence of the Track 1/Track 2 approach has been excessive reliance on countervailing duties (CVDs)¹⁶. Although there have been numerous complaints concerning countervailing duties, particularly in the past decade, the success rate of these complaints, both in terms of panel decisions and settlements, has been extremely low¹⁷. Hudec has speculated that CVD cases are inherently more likely to fail given the «typical arbitrariness of AD/CVD criteria and the legal rigidity of measures once taken»¹⁸.

CVDs themselves are not inherently undesirable remedies. With attention to overcompensation, a countervailing duty is often preferable to other trade remedies such as export taxes and export quotas which may increase trade distortion. As Hufbauer and Erb suggest, «the remedy can prove worse than the original subsidy»¹⁹. In fact, the use of CVDs by the United States has resulted in trade liberalization in that the removal of foreign trade barriers outnumbered American retaliatory restrictions²⁰.

14. G. Depayre and R. Petriccione, «Definition of Subsidy» in *Subsidies and International Trade : A European Lawyers' Perspective*, J.H.J. Bourgeois (ed.), Deventer, the Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, 67.

15. Hudec, *supra*, note 5 at 345.

16. Lawrence & Litan, *supra*, note 5 at 252.

17. Hudec, *supra*, note 5 at 338-9, 346-7 and 355.

18. *Ibid.* at 355. Note that «AD» refers to «Anti-Dumping».

19. G.C. Hufbauer and J.S. Erb, *Subsidies in International Trade*, Washington, Institute for International Economics, 1984, at 112-3.

20. J.M. Finger, «That Old GATT Magic No More Casts Its Spell (How the Uruguay Round Failed)», (1991) 25:2 J. World Trade 19 at 20.

Rather, it is the unilateral nature of past usage of countervailing duties which has caused concern²¹. Under Track 1, a state could impose countervailing duties without prior authorization from a GATT panel²². Thus, barring a GATT complaint, the content and frequency of application of countervailing duty law is determined entirely by domestic legislation. The result is a debilitation of the GATT. Since CVDs bring domestic control within GATT-legality, they «have a magic all their own»²³, reducing or eliminating the incentive to use multilateral GATT procedures. As Meng states, Track 1 was «more predictable, timely and effective»²⁴. Therefore, although Track 1 and Track 2 were not mutually exclusive options, the incentive for strong economies to negotiate through the GATT was all but destroyed.

Futhermore, although Track 1 mechanisms were available to all members of the GATT, realistically they were only available to economically powerful states. For example, threats by Madagascar to reduce American access to the Madagascar market would not be terribly effective. Even the possibility of using countervailing duties against economic powerhouses can result in other types of trade restraints, such as voluntary export restrictions (VERs) or orderly marketing arrangements (OMRs). The result is that some states, particularly developing ones, see the countervailing duty as a new form of non-tariff barrier²⁵.

Finally, not only did the Track 1/Track 2 system weaken the GATT and limit effective remedies to strong economies, it provided remedies for only a portion of all subsidies. Subsidies can be categorized into different groups according to their distortionary effects. A can subsidize its exports into B, thereby harming B's domestic producers. A can subsidize its exports into C, thereby displacing

21. K. Kautzor-Schroder, «Subsidies and Countervail in the Uruguay Round : A Comment» in *The New GATT Round of Multilateral Negotiations : Legal and Economic Problems*, E. Petersmann and M. Hilf (eds.), Deventer, Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, 237 at 239.

22. Subsidies Code, *supra*, note 8, art. 4(4).

23. Finger, *supra*, note 20 at 20.

24. W.P. Meng, «Comment» in *Subsidies and International Trade : A European Lawyers' Perspective*, J.H.J. Bourgeois (ed.), Deventer, the Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, 175 at 177.

25. Lawrence & Litan, *supra*, note 5 at 253.

B's producers who also export to C. A can subsidize its domestic industries, thereby harming B's producers who export to A. Of these three types of subsidies, only the first type was countervailable under the Subsidies Code. The other types had to be pursued through Track 2. Thus, as Bourgeois argues, «while the importing contracting party can protect itself by countervailing measures, other contracting parties whose exporting interests may be affected are left out in the cold»²⁶.

Given the gravity of these problems, it is no surprise that the Subsidies Code never received much support from GATT members : as of June 1989 only 24 states (the EC countries being one state) had signed on to the agreement.

b) The Uruguay Round

The Uruguay Round Agreement categorizes subsidies into «prohibited», «actionable» and «non-actionable» groups (also known as the white/grey/black or green/amber/red approach). Prohibited subsidies include listed export subsidies, subsidies contingent upon export performance or local sourcing and other subsidies such as some of the ones listed in the Code's Annex which are obviously intended to give aid to exports²⁷. The rationale here is that such subsidies betray motives of trade distortion rather than legitimate domestic policy actualization²⁸. Non-actionable subsidies are at the opposite end of the spectrum, being those subsidies which cannot be attacked with trade remedies. These are subsidies which are generally available (not «specific») or which are identified by the Agreement as non-actionable, such as some research and development activity²⁹. Determination of whether or not a subsidy will be specific will be done through the application of a specificity test of the type currently used in the United States. If a subsidy is deemed specific, then it will be actionable. A subsidy is specific if it is overtly so (i.e. if the legislation is clearly targetting specific enterprises or industries), if it is theoretically available

26. Bourgeois, *supra*, note 9 at 229.

27. Uruguay Round Agreement, *supra*, note 6, art. 3.

28. J.J. Barceló, «Subsidies, Countervailing Duties and Antidumping after the Tokyo Round», (1980) 13 Cornell Int. L. J. 257 at 282-285.

29. Uruguay Round Agreement, *supra*, note 6, art. 8.2(a).

to everyone but in fact only used by a few producers or if government discretion indicates that certain producers have been targetted³⁰.

In the middle category are actionable subsidies. A subsidy will be deemed actionable if it is specific and causes «adverse effects» to other states. Adverse effects are defined as :

- «(a) injury to the domestic industry of another signatory
- (b) nullification or impairment of benefits accruing directly or indirectly to other Members under the GATT 1994, in particular the benefits of concessions bound under Article II of the GATT 1994
- (c) serious prejudice to the interests of another Member.»³¹

Should a state believe that a prohibited or actionable subsidy is causing harm to its domestic producers, it can take one of two approaches. The state may request consultations and, if the consultations fail, may request consideration by a panel³². Unilateral action in the form of a countervailing duty is also available to the complainant state, so long as the complainant member has made reasonable attempts at consultations and so long as the subsidized imports are causing injury³³.

There is one distinctly positive element of the Uruguay Round Agreement. Clarification of the definition of subsidies reduces the uncertainty of possible unilateral or multilateral response. In contrast to the vague thresholds of the Subsidies Code, the tests in the Agreement are specific enough to enable governments and economic actors to plan at least some subsidization without fear of trade retaliation³⁴. Fears over the possible vulnerability of broad social

30. *Ibid.*, art. 2.1.

31. *Ibid.*, art. 5.1.

32. *Ibid.*, art. 4 and 7.

33. *Ibid.*, art. 19.

34. J. Jackson, «Strengthening the International Legal Framework of the GATT-MTN System : Reform Proposals for the New GATT Round» in *The New GATT Round of Multilateral Negotiations : Legal and Economic Problems*, E. Petersmann and M. Hilf (eds.), Deventer, Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, 3 at 7-8.

policies such as health care or education should be alleviated and even the fear of unilateral trade remedies should be somewhat decreased in view of the opportunity to present evidence³⁵.

However, the classification system proposed in the Uruguay Round Agreement does not clearly address the underlying, more complex issue in subsidies law : the determination of the «legitimacy» of a domestic subsidy by an international tribunal. The crux of the problem is this : domestic subsidies are important if not crucial aspects of domestic politics³⁶. This has long been acknowledged by the GATT itself³⁷. An international organization which purports to regulate domestic subsidies therefore must have some basis for determining which subsidies are legitimate and which subsidies should be exposed to retaliation. Normally, the GATT is competent to make decisions based on basic trade theory. Trade theory reasons that subsidies cause economic distortions. They transfer production from efficient to inefficient producers, thereby raising the price consumers pay for products³⁸. Consumers lose again because they must pay tax dollars to fund subsidies. It has been suggested that states which import subsidized goods should send a «thank-you note» to the exporting state³⁹. Since comparative advantage tells us that free trade is always more beneficial to trading states than distorted trade⁴⁰, a GATT panel could make a legitimacy decision based on its own area of expertise : trade theory and practice.

However, as with other areas of trade law (such as intellectual property), trade theory can be an inadequate basis for decision-making regarding domestic subsidies. It is not clear, for example, that an unelected international panel with no expertise outside trade law should decide whether or not to strike down a subsidy which affects a product's price by a relatively small amount, yet achieves

35. Uruguay Round Agreement, *supra*, note 6, art. 12.1.

36. Bourgeois, *supra*, note 9 at 221.

37. As noted above, the preamble and article 8.1 of the Subsidies Code state that «subsidies are used by governments to promote important objectives of national policy».

38. Howse & Trebilcock, *supra*, note 3, c. VI at 31.

39. Jackson, *supra*, note 2 at 251; M. Trebilcock, «Throwing Deep : Trade Remedy Laws in a First-Best World» in M.J. Trebilcock and R.C. York (eds.), *Fair Exchange*, Toronto, C.D. Howe Institute, 1990, 235 at 242.

40. See chapter 1, pp. 3-5 in Howse & Trebilcock, *supra*, note 3.

a significant national objective, such as enabling a traditional community to maintain its historical way of life. If states could agree on a list of legitimate subsidies, the institutional competence of a GATT panel would not be in doubt. Yet, as Kautzor-Schroder suggests, it is unlikely that states would be able to agree on such a list⁴¹. Hudec has stated that

«The regulatory impact of GATT rules has rested on the normative force of organized community condemnation. The key to the force of such normative pressures is an underlying consensus among GATT member governments about what constitutes correct governmental behavior.»⁴²

Given the difficulty of reaching consensus on the legitimacy of a particular subsidy, the force of a panel decision is thus reduced.

The Agreement's response to this problem is puzzling. First, the heart of the Agreement, the categorization of prohibited, non-actionable and actionable subsidies, amounts to a legal framework which presupposes that the legitimacy of subsidies can be definitively determined. At first glance the fact that most contentious subsidies could be actionable makes the Agreement's categorization uncontroversial. However, a closer look shows that even this apparently uncontroversial attempt to impose legal rules on subsidies is problematic. For example, a subsidy which is partially contingent on use of domestic goods over imported goods will be prohibited by article 3.1(b) regardless of the subsidy's potential positive domestic economic, social or political impact.

The use of the specificity test to determine which subsidies are non-actionable is questionable as well. The decision to label non-specific subsidies as non-actionable is intuitively sensible as such subsidies normally do not produce significant distortion⁴³. However, this goal can be accomplished by simply requiring a minimum level of adverse effects of a subsidy before a GATT panel will consider authorization of retaliation or other measures. This approach is already embodied in article 5.1 of the Agreement. Furthermore, specificity is not always a guarantee that protectionist interests are at work. For example,

41. Kautzor-Schroder, *supra*, note 21 at 240-1.

42. Hudec, *supra*, note 2 at 150.

43. Jackson, *supra*, note 2 at 267.

the United States imposed countervailing duties on Canadian softwood lumber in 1986. However, the fact that Canadian firms have supported lower stumpage fees than those in effect in the United States may have only been a reflection of Canada's industrial structure⁴⁴. Jackson suggests that there is another justification for specificity. Specificity eliminates from the trade regulation arena policies, such as health care, policing and education which we intuitively believe should be excluded from its scope⁴⁵. Thus the specificity test, as it is applied to determine which subsidies are non-actionable, is also a legitimacy test. This type of test is of particular concern given the possibility of unilateral retaliation.

Second, the same legalistic approach to legitimacy occurs in article 5 of the Agreement which addresses actionable subsidies. As said above, article 5.1 states that a subsidy is actionable if it causes injury, nullification and impairment and serious prejudice to another signatory. Should a subsidy satisfy these criteria, the Agreement states that the offending state «shall take appropriate steps to remove such adverse effects or shall withdraw the subsidy»⁴⁶. If the subsidy is not removed within 6 months, then the Committee on Subsidies and Countervailing Measures will authorize countermeasures⁴⁷. Thus the Agreement represents a rejection of the Tokyo Round Track 2 conciliation approach in favour of specific rules which can determine with some certainty the legality of a subsidy. The Agreement is overt in its legalistic approach and does not betray any sense of institutional incompetence. Note the almost constitutional tone of the phrase «No signatory should cause...adverse effects to the interests of other signatories» in article 5.1.

It is my argument that the Agreement's legalistic approach to subsidies will be harmful to the future of GATT. Even well-drafted rules may be ignored at times. A state may choose to ignore international rules for two reasons. First, domestic needs are sometimes more important than international obligations.

44. A.D. Anderson, «An Analysis of the Proposed Subsidies Code Procedures in the 'Dunkel Text' of the GATT Uruguay Round : The Canadian Exporters' Case», (1993) 27 J. of World Trade 71. Anderson acknowledges that the Dunkel Draft attempts to account for differences in the extent of diversification of economic activities, yet is skeptical about its implementation. See text at 74-5.

45. Jackson, *supra*, note 2 at 267-8.

46. Uruguay Round Agreement, *supra*, note 6, art. 7.8.

47. *Ibid.*

A government may ignore the GATT in favour of finding solutions to serious domestic problems. As Hudec points out,

«Trade restrictions are the product of underlying economic problems, and they are "inevitable" as long as the problems are not solved. The mere existence of rules will not make these economic subsidies disappear, nor will rules promote the kind of discussion needed to understand and solve them.»⁴⁸

The GATT may also be ignored by governments which face severe domestic political pressure from certain industries, interest groups or political parties⁴⁹. The controversy in Canada during the 1988 election over the Free Trade Agreement and its potential impact on Canadian jobs is but one example of the strength of anti-free trade domestic pressure. Although an international regulatory system will exert some external pressure on governments⁵⁰ it is inevitable that without an enforcement mechanism bound to happen these two types of domestic pressure will sometimes prevail over the GATT.

Given that even well-crafted rules will undoubtedly be disregarded by individual states at times, an excessively legalistic GATT will eventually lose its effectiveness. If the sole reason why GATT members used subsidies in the past was the vagueness of the Tokyo Round reforms, then the more precise Uruguay Round Agreement would be more effective in eliminating subsidies. However, as Lutz has argued, the implicit assumption of legalism that faulty rules are responsible for protectionism is incorrect since violations of the GATT are more likely to take place in reaction to economic problems and not before economic problems appear⁵¹. As it is inevitable that GATT members will sometimes ignore the General Agreement, then making the General Agreement

48. R.E. Hudec, «GATT or GABB? The Future Design of the General Agreement on Tariffs and Trade», (1971) 80 Yale L.J. 1299 at 1307.

49. Hudec, *supra*, note 2 at 159.

50. Long has stated that «the very existence of GATT law can have important side-effects. Governments are likely to be more hesitant about taking unlawful trade measures when they know the rules are there, and that they may well come under heavy criticism for their action in an international forum.» O. Long, *Law and its Limitations in the GATT Multilateral Trade System*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, at 64. See also Price, *supra*, note 5; Carlson, *supra*, note 2 at 1197-99.

51. Lutz, *supra*, note 2 at 113-4.

more detailed or more strict will not improve compliance and certainty, and will only accentuate the rejection of the Agreement. Repeated evasion of GATT rules would weaken the legitimacy of the GATT itself. As long as the GATT does not have its own enforcement mechanism, it must seek to find rules which achieve some certainty without encumbering itself with the risks of constitutional pretensions. I will argue below that the concept of nullification and impairment realizes this goal.

Nullification and Impairment

The GATT provision on nullification and impairment is found in Article XXIII. It states, in part :

1. If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as a result of

(a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or

(b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or

(c) the existence of any other situation,

the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned...

2. If no satisfactory adjustment is effected between the contracting parties within a reasonable time, or if the difficulty is of the type described in paragraph 1(c) of this Article, the matter may be referred to the CONTRACTING PARTIES. The CONTRACTING PARTIES shall promptly investigate the matter...and shall make appropriate recommendations...If the CONTRACTING PARTIES consider that the

circumstances are serious enough to justify such action, they may authorize a contracting party or parties to suspend the application to any other contracting party or parties of such concessions or other obligations under this Agreement.

Nonviolation nullification and impairment (Article XXIII:1(b)) is different from the rest of the GATT in that it represents a distinctly pragmatic approach to trade regulation. Unlike *violation nullification and impairment* in XXIII:1(a), 1(b) contemplates compensation or reaction to a trade measure without the categorization of that measure as GATT-illegal⁵². Because of its emphasis on compensation rather than punishment⁵³, it seeks not to judge state conduct, but to preserve trade relationships by emphasizing equity and predictability. It is this emphasis, it will be argued, that makes Article XXIII:1(b) a desirable alternative to the Uruguay Round approach to subsidies.

a) Summary of the Law of Article XXIII:1(b)

On its face, 1(b) appears too broad to be effective. This has certainly been a complaint of many commentators⁵⁴. Certainly the jurisprudence has been sparse. Of the 26 complaints which put 1(b) forward as a ground up until the end of 1989, a detailed analysis of 1(b) was only made ten times. However, it is submitted that this jurisprudence is sufficient to provide an analytical basis for subsidy complaints which currently fall under 1(b), as well as a basis for expansion of the application of this concept to all subsidy questions.

Early GATT panels developed a two-pronged test to determine whether nonviolation nullification and impairment had occurred. The first prong of the test is whether or not the complainant party had a «reasonable expectation» that the impugned trade measure would not be introduced. The second prong of the

52. W.J. Davey, «Dispute Settlement in GATT», (1987) *Fordham Int'l L.J.* 51 at 56-7.

53. J. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, New York, Bobbs-Merrill, 1969, at 171.

54. See, for example, J. Jackson, «Governmental Disputes in International Trade Relations : A Proposal in the Context of GATT», (1979) 13 *J. of World Trade* 1 at 7 and J.M. Waincymer, «Revitalizing GATT Article XXIII - Issues in the Context of the Uruguay Round», (1988) 12 *World Competition* 5 at 33-4. See also R.E. Hudec, «Retaliation Against 'Unreasonable' Foreign Trade Practices : The New Section 301 and GATT Nullification and Impairment», (1975) 59 *Minn. L.R.* 461 for a review of the drafting history of XXIII:1(b).

test examines whether or not the trade measure has significantly changed competitive conditions. Evidence of material injury is not necessary. This analytical framework was established in a 1949 complaint by Chile against Australian subsidies on ammonium sulphate. During World War II, Australia subsidized both sodium nitrate and ammonium sulfate. Australia then negotiated a tariff concession with Chile on sodium nitrate. In 1949 Australia lifted the subsidy on sodium nitrate but continued the subsidy on ammonium sulphate. The result was that Australian ammonium sulphate absorbed Chile's sodium nitrate market. The Working Party stated that the actions of the Australian government «could not reasonably have been anticipated» by Chile and, moreover, that Chile «had reason to assume» that the subsidy on ammonium sulphate would not be removed before the removal of subsidies on other products⁵⁵. The Working Party was careful to state that the reasonable expectation would not apply to all subsidies; it was applied because the two products were so similar and the initiation and implementation history of the subsidies on each product was equally similar.

In the *Norwegian Sardines* case⁵⁶, Norway and Germany had negotiated tariff concessions in 1951 on Scandinavian sardines. However, soon after the tariff concession, Germany granted more favourable treatment to Portuguese sardines. The GATT panel supported Norway's claim of nullification and impairment on the grounds that Germany's actions had «substantially reduced» the value of Norway's concessions and that Norway had reason to believe that its product would not be treated less favourably than products from other states. The panel held that Norway's expectations were reasonable because equality of treatment was discussed during the tariff negotiations and that tariff concessions were in fact exchange.

The framework established in the *Ammonium Sulphate* and *Norwegian Sardines* cases has been vigorously affirmed. In the *Import Duties on Starch and Potato Flour* case, a GATT panel found that Benelux tariff concessions to Germany were undermined by Germany's failure to carry out its obligations⁵⁷.

55. (1952) 2 BISD 188 at 193.

56. General Agreement on Tariffs and Trade, *Basic Instruments and Selected Documents*, vol. 2, Geneva, GATT, 1952, at 188-196.

57. (1955) 3 BISD 77.

A 1955 report by a GATT Working Party affirmed the principle that GATT members which have negotiated concessions under Article II have, absent evidence to the contrary, a reasonable expectation that the value of their concessions will not be impaired by subsequent trade measures⁵⁸. Attempts by the European Economic Community to weaken the jurisprudential value of the *Norwegian Sardines* case and the *Ammonium Sulphate* case have been squarely rejected by GATT panels⁵⁹. More general use of nullification and impairment has received some support among academics as well⁶⁰.

The two early cases are an explicit rejection of fault-based judgment by GATT panels. In the *Ammonium Sulphate* case, Australia's policy was intended to support sugar farmers by increasing their income through the subsidization of ammonium sulphate. The panel report recognized the legitimacy of the policy, and specifically stated that it had

«no intention of implying that the action taken by the Australian Government was unreasonable, but simply that the Chilean Government could not have reasonably been expected during the negotiations in 1947 to have foreseen such action or the reasons which led to it.»⁶¹

Furthermore, although the panel recommended a change in Australia's subsidy policy as the most practical solution, it emphasized that its power was limited to the authorization of compensatory trade measures on the part of Chile. The panel was careful to respect Australia's sovereignty and not to substitute its own policy determinations. As Petersmann states, «the GATT rules on nonviolation complaints rightly recognize the various «GATT freedoms» of contracting parties to introduce trade measures not prohibited by GATT even if they nullify and impair the competitive benefit of previous trade concessions»⁶². This

58. (1955) 3 BISD 224.

59. See the *Oilseeds* case, (1988) 37 BISD 86, described below.

60. See Hudec, *supra*, note 48 at 1374-5.

61. *Supra*, note 55 at 194.

62. E.-U. Petersmann, «Violation Complaints and Non-violation Complaints in Public International Trade Law», (1991) German Yearbook of Int'l Law 175 at 227. This sentiment was also echoed in the *Oilseeds* case, below, where the panel wrote that «[t]he recognition of the legitimacy of an expectation relating to the use of production subsidies therefore in no way prevents a contracting party from using production subsidies consistently with the General Agreement; it merely

respect for sovereignty is perhaps reflected in the fact that although Australia wrote a dissenting opinion, the panel report was adopted by the contracting parties in March of 1950⁶³.

Mark Sills⁶⁴ has argued that the spirit of *Norwegian Sardines* and *Ammonium Sulphate* has been significantly diluted by more recent GATT panel decisions, especially the series of complaints launched by Uruguay in 1961⁶⁵. The complaints were directed at 15 different countries with respect to 30 different products or groups of products, including a complaint added on later against the European Economic Community's CAP (the Common Agricultural Policy). However, Uruguay's position was remarkably unclear. No specific legal theory was enunciated, with the exception of one reference to Article XIII:1(c). No statistical information was provided to the panel. Uruguay did not even specify which type of retaliation it wished the panel to authorize. The panel gave recommendations for certain violations of the GATT which had been admitted by the defendant states, yet refused to give any ruling on the subject of nonviolation nullification and impairment.

Sills argues that the Uruguay case indicates a «decidedly more conservative approach to the issue of the effect of impairment of the benefits of a GATT concession without actual breach of a GATT obligation» because the panel «demonstrated some reluctance to make use of [the concept of nonviolation nullification and impairment] without proof based on statistical or other evidence of trade impairment»⁶⁶. Yet it is hardly surprising that a GATT panel would refuse to make a ruling without any specific legal argumentation or evidence. Surely the Uruguay complaints are not a signal of a decline in the potency of Article XXIII, but rather represent the analytical rigor expected by GATT panels.

delineates the scope of the protection of a negotiated balance of concessions.» See *infra*, note 59 at 129.

63. GATT/CP.5/SR.6 (6 November 1950).

64. M.N. Sills, «The Concept of Non-Violation Nullification and Impairment in the Investment and Services Chapters of the Canada-US Free Trade Agreement», (1990) 3 R.I.B.L. 127.

65. (1963) 11 BISD 95.

66. Sills, *supra*, note 64 at 134.

b) Effectiveness of Article XXIII:1(b)

It is my argument that nonviolation nullification and impairment is a more effective legal tool in the international context than more legalist processes. I base this statement on two principles. The first principle is that nonviolation nullification and impairment facilitates dialogue and negotiation. This is illustrated by three controversial GATT cases : *Canned Fruit*, *Citrus* and *Oilseeds*.

In the 1981 *Canned Fruit* complaint, the United States opposed a subsidy to EC producers based on the calculation of the difference in the selling price of domestic and imported processed fruit (a part of the EC's Common Agricultural Policy (CAP)). The panel found that the subsidy constituted nonviolation nullification and impairment, rejecting the EC defence that XXIII:1(b) required proof of causation⁶⁷. However, the panel report was never adopted, in part due to the EC's objection to the panel's decision on proof of causation, and the *Canned Fruit* case is now cited by some as evidence of the GATT's failure as an effective legal instrument.⁶⁸

The panel report in the *Citrus* case⁶⁹ was also blocked from adoption. In that case, the United States lodged a complaint regarding EC tariff preferences to citrus fruits from certain Mediterranean countries pursuant to a series of trade agreements negotiated in the 1960s and 1970s. The crux of the dispute was the question of whether the Mediterranean agreements constituted regional trade blocs in conformity with Article XXIV. The panel chose not to address the GATT-legality of the agreements directly, ruling instead, in an extremely long and convoluted report, that American benefits had been nullified and impaired by the preferences. The result was EC blockage of adoption of the report by the Council and a series of tariff increases by the United States and the EC over the coming months. Like the *Canned Fruit* case, the *Citrus* case was a highly visible example of the apparent failure by the GATT to regulate trade relations effectively⁷⁰.

67. GATT Doc. L/5778 (20 February 1985).

68. Hudec, *supra*, note 5 at 157.

69. GATT Doc. L/5776 (7 February 1985).

70. Hudec, *supra*, note 5 at 161.

The last case in the trilogy is the *Oilseeds* case, an action initiated by the United States in 1988 against EC subsidies to oilseed crushing mills. The United States and the EC had negotiated a series of tariff concessions, including tariffs on oilseeds, at the time of the creation of the CAP in the early 1960s. However, in the mid-1980s, the EC increased its output of subsidized oilseeds. The panel ruled that the subsidies constituted both a violation of Article III: 4 of the GATT and nonviolation nullification and impairment. The EC registered reservations to the ruling, but did not block its adoption in January of 1990, pledging to work toward removal of the subsidies in the future⁷¹. In late 1991 the EC redirected the subsidies from crushing mills to oilseed farmers. The United States initiated another GATT complaint. Again the panel ruled that nonviolation nullification and impairment was occurring, but this time the EC blocked adoption of the report⁷². Negotiations between the United States and the EC continued into the fall of 1992 at which point the United States declared a discriminatory tariff on various EC imports. The case seems to have been settled by an exchange of concessions during the Uruguay Round.

Are these three cases fatal to the concept of nullification and impairment? It is my argument that *Canned Fruit*, *Citrus* and *Oilseeds* actually represent the success of nonviolation nullification and impairment as a trade regulation tool. In all three cases, the results of a violation ruling would have had an enormous impact. In *Canned Fruit*, a ruling by the panel in favour of the United States would have endangered the entire Common Agricultural Policy⁷³. In *Citrus*, a ruling by the panel in favour of the United States would have endangered all preferential tariff arrangements between the EC and Mediterranean states⁷⁴. In *Oilseeds*, a huge market for oilseeds was in issue⁷⁵. Although these two arrangements may well have been GATT-illegal, they were complex, deliberate, important domestic policy. The European Community was not prepared to accept the domestic consequences of the destruction of these policies; political pressure was already strong enough to induce the EC to block adoption of

71. *Supra*, note 59.

72. Hudec, *supra*, note 5 at 247-8.

73. *Ibid.* at 155.

74. *Ibid.* at 158.

75. In 1962, American oilseed exports to the EC were valued at approximately \$8-10 billion. In the 1988 complaint, the United States claimed \$1.5-2 billion in lost trade. See Hudec, *ibid.* at 559.

findings of nonviolation nullification and impairment. By choosing to rule on nonviolation nullification and impairment rather than on specific violations, the panel rulings gave some legitimacy to American retaliation, increasing external pressure on the EC to take action and avoiding the anarchy of auto-interpretation. Yet by not forcing the EC to make a clear choice between GATT legality and its domestic policies, the rulings also enabled the EC to «save face» and gave the Community more room to negotiate. All three cases were eventually settled. Considering the immense impact of the policies at stake, the role of the GATT in promoting their settlement should be upheld as one of qualified success rather than total failure. Perhaps this success would not have been achieved had the panels loudly proclaimed the GATT-illegality of Europe's policies⁷⁶.

A good example of the consequences of more judgmental GATT rulings is the *DISC* case. Here, the European Community claimed that American tax laws amounted to export subsidies. The panel found a violation of article XVI:4⁷⁷ yet their finding was followed by years of litigation, consultation and retaliation. Although the panel report was finally adopted in November of 1981 (five years later), total compliance never occurred. The case has been thus described as «the largest and most conspicuous failure in the history of GATT litigation»⁷⁸. Authors such as Hudec have argued that the panel's violation ruling may have actually been harmful to the negotiations because it served to make the bargaining positions of both parties more rigid⁷⁹.

Canned Fruit, Citrus and Oilseeds show that nonviolation nullification and impairment can facilitate implementation of GATT goals with less risk than

76. The *Dollar Area Quotas* case is an example of the influence of a GATT panel which refuses to decide the basic issue. In this case, the United States complained about British quantitative restrictions in favour of Caribbean states. Although the panel refused to make a legal finding, it gave a detailed decision. The parties settled the matter in the following year. See (1974) 20 BISD 230 and Hudec, *supra*, note 5 at 189. As panels cannot consistently refuse to make legal findings in hard cases, non-violation nullification and impairment is plausible alternative.

77. (1977) 23 BISD 98.

78. Hudec, *supra*, note 5 at 59.

79. Hudec, *supra*, note 2 at 166, footnote 61. See K.M. Harris, «The Post-Tokyo Round GATT Role in International Trade Dispute Settlement», (1983) 1 Int'l Tax and Bus. Lawyer 142 at 150 for an alternative interpretation.

violation litigation. However, nonviolation nullification and impairment also enjoys a principled justification which more legalistic rules do not. Article XXIII:1(b) protects reliance interests. As Hudec explains,

«The purpose of the nullification and impairment remedy is to preserve the balance of the original exchange of values. If a particular disadvantageous measure is foreseen, the country receiving concessions will be able to discount the possibility in advance by paying a lesser value for the concessions affected. If that is so, then the actual occurrence of the foreseen disadvantage will not upset the balance, for it already will have been taken into account. Conversely, if the disadvantageous measure is **not** anticipated, the country receiving the concessions is more likely to pay full value and thus to suffer an imbalance when the commercial advantage is later reduced.»⁸⁰ [emphasis in original]

Reasonable expectations are based on the behaviour of states themselves. Most of the cases refer to expectations derived from negotiated tariff concessions, but the panel in the *German Import Duties on Starch* case held that expectations could originate from official diplomatic acts as well⁸¹. Since reasonable expectations are based on the behaviour of states themselves, it is states which establish normative boundaries of their behaviour, not substantive GATT rules. Since the values at stake in nonviolation nullification and impairment litigation are the consistency and reliability of the diplomatic conduct of GATT members rather than the validity of the substance of their policies, a GATT panel decision on nonviolation nullification and impairment increases legitimacy. Compliance with past trade concessions is essential to the continued existence of the GATT. A GATT panel, as the representative body of the member states and as a body with expertise in GATT law, is the most appropriate arena for determining whether or not compliance with previous concessions has occurred. This sense of legitimacy was articulated in the first *Oilseeds* panel ruling :

80. R.E. Hudec, «Retaliation Against «Unreasonable» Foreign Trade Practices : The New Section 301 and GATT Nullification and Impairment», (1975) 59 Minn. L.R. 461 at 487.

81. *Supra*, note 57. As described above, the Benelux states lodged a complaint against Germany, arguing that Germany had not lived up to its commitment to reduce specific tariffs. These commitments included concessions in the formal tariff schedule as well as a letter from the German delegation to the Benelux delegation promising new reductions. The panel found that the letter was sufficient to have given the Benelux delegation reasonable expectations of German action, despite the fact that the concessions were not officially included in the tariff schedule.

«[contracting parties] must therefore be assumed to base their tariff negotiations on the expectation that the price effect of the tariff concessions will not be systematically offset. If no right of redress were given to them in such a case they would be reluctant to make tariff concessions and the General Agreement would no longer be useful as a legal framework for incorporating the results of trade negotiations.»⁸²

Therefore the theoretical justification for nonviolation nullification and impairment is much more pragmatic than realistic. Under Article XXIII:1(b), the GATT is not a set of normative rules regarding legitimate international behaviour, but a set of procedures to induce negotiations and ensure their effectiveness. Considering the difficulty of finding legal rules to regulate subsidies, the pragmatism of nonviolation nullification and impairment is a preferable approach to the subsidies question.

Nullification and Impairment and the Uruguay Round Agreement

At first glance, the Agreement appears to support the use of nonviolation nullification and impairment to regulate subsidies. As mentioned above, article 5.1 lists nullification and impairment of benefits as one of three indicators of an actionable subsidy. The footnote to article 5.1(b) states that nullification and impairment «shall be established in accordance with the practice of application of Article XXIII:1(b) of the General Agreement»⁸³. Thus a plausible interpretation is that a subsidy will be actionable when it could not have been reasonably expected by the complaining state and when it alters the balance of benefits and obligations between states.

However, under article 5.1, injury and serious prejudice to member states also indicate an actionable subsidy. Injury and serious prejudice are legal rules in the more classic sense. The «injury test» has been called a «pillar of trade policy»⁸⁴ and has long been used in the antidumping context⁸⁵. The injury test maintains that a subsidy on exports will be actionable if it causes material injury

82. (1989) 37 BISD 86 at 128-9.

83. Uruguay Round Agreement, *supra*, note 6, art. 5.1(b), footnote 2.

84. Jackson, *supra*, note 2 at 5.

85. GATT, *supra*, note 1, article VI.

to the domestic producers of a like product. If the subsidy can be shown to cause material injury, then article 11.2 of the Agreement allows the complainant state to impose countervailing duties. Serious prejudice is a broader indicator which focusses on effect more than causation. Although it is mentioned in both the General Agreement and the Subsidies Code⁸⁶, serious prejudice remains a somewhat undeveloped concept. It refers generally to a specific level of harm to the domestic market, harm to exports to states with subsidized domestic production and harm to exports which have been displaced in third markets by subsidized goods. The Agreement imposes more detailed requirements on the serious prejudice test, including a 5% *ad valorem* subsidization level and the use of market share to measure displacement of a product⁸⁷.

Both the injury and serious prejudice tests represent the legalist view of GATT. Should a subsidy cause a certain level of harm, it will be deemed actionable. The Agreement's solution to the issue presented early in this article, the competence of the GATT to evaluate the legitimacy of domestic policies, is a unilateral judgment in favour of anti-distortion.

Jackson recommends that GATT values should be balanced with domestic policy goals by a material injury test. This is logical from a state sovereignty perspective; why should foreign states have influence over subsidization in other states if they themselves are not affected⁸⁸? However, such a view ignores the fact that GATT rules do not flow from long-standing principles of natural justice; they are a culmination of complex negotiations. The GATT is not a constitution; it is still merely a series of contracts from which parties can withdraw at any time⁸⁹. As such, states should be able to protect their

86. Articles XVI and VIII respectively.

87. Uruguay Round Agreement, *supra*, note 6, articles 6.1 and 6.4.

88. Jackson, *supra*, note 2 at 263.

89. This should not be a surprising statement. It is difficult to give any international laws «constitutional» status. Even *jus cogens* norms (transcendent, immutable norms) in public international law, limited to only a small number of principles such as self-determination and prohibition of genocide, are not always above controversy. See *Oppenheim's International Law*, (R. Jennings & A. Watts, eds.), Harlow, England, Longman Group, 1992, at 7-8.

Note, of course, that there are significant costs to withdrawing from the GATT structure; it is my argument that it is avoidance of these costs that drive adherence to trade rules and not theoretical principles which would be relied upon to drive a more constitutional structure.

investment, whether or not the state has experienced material injury or merely opportunity cost. Certainly complainant states should not be forced to wait until the damage has already been done⁹⁰. Conversely, the GATT should not protect states from harm due to subsidization when there was no indication that the subsidizing state was ever willing or actually able to eliminate the subsidy⁹¹.

This mixture of legalist and pragmatist triggers of a legalist outcome in the Uruguay Round Agreement is theoretically inconsistent. Nonviolation nullification and impairment seeks to maintain reciprocity within limits set by states themselves; injury and prejudice tests maintain specific standards of free trade within absolute substantive, quantifiable limits. Nonviolation nullification and impairment protects reliance-induced conduct to strengthen existing concessions⁹²; injury and prejudice tests protect producers regardless of reliance or of political feasibility. Nonviolation nullification and impairment is compensatory; injury and prejudice tests are punitive.

Nullification and impairment seems to be an additional indicator of an actionable subsidy, yet it is unclear what kind of role it is intended to play. Explication of violation nullification and impairment has relied on the existence of violations of the GATT and therefore would appear unhelpful as an element of the very test which attempts to determine which subsidies are GATT violations. Explication of nonviolation nullification and impairment seems equally unhelpful : as shown above, examination of reasonable expectations and changes in competitive conditions is not compatible with injury and serious prejudice tests. In all likelihood, nullification and impairment will be glossed over as litigants concentrate on the better known and understood injury and prejudice components. Nonviolation nullification and impairment, not only

90. *Oilseeds*, *supra*, note 59 at 130.

91. Some authors, such as Anderson, have even argued that the material injury test makes «very little economic sense» (*supra*, note 44 at 90). Article 15.5 of the Uruguay Round Agreement states that the subsidy does not have to be the sole cause of the injury. This is rational choice since a sole cause test would make it extremely difficult to find GATT violations but it also means that «no economic assessment has been undertaken to determine the relevance of the size of the subsidy on the requisite injury caused to the domestic industry.» (*ibid.*). Anderson calls this «a major victory for protectionists». (*ibid.*). See also H. Huang, E. Krakar and I.H. Uhm, «The Injury-Causality Test Under Canadian Trade Remedy Law», (1993) 27 J. of World Trade 117.

92. Petersmann, *supra* note 62 at 225.

within the Subsidies Agreement and but also as a separate cause of action, will probably continue to be virtually ignored by GATT members.

The result of such a mix of theoretical approaches is the loss of the benefit of the pragmatic approach underlying nonviolation nullification and impairment. The legitimacy of GATT panel decisions as well as their role as facilitators of negotiated solutions and guardians of good faith compliance in GATT have been annulled by the legalistic approaches of the injury and serious prejudice tests⁹³.

Conclusion

The Uruguay Round Agreement is an ambitious attempt to impose a predictable legal order on a group of sovereign states with a panoply of different interests. It represents a reaction of decades of complaints of the impotence of the GATT in the face of recalcitrant nations. However, the drafters seem to have lost sight of the basic glue of any international order : self-interest.

«Codes are rules that apply between sovereign states and enforcement must rely on recognition of a self-interest in seeing the rules work...A balance of self-interest holds the GATT together. The possibility that (a) specific trade benefits given to a country will be removed through trade retaliation and/or (b) the system as a whole will only stand a limited amount of disregard to agreed rules before it comes crashing down are strong incentives to follow the rules.»⁹⁴

GATT reform should emphasize the value of the GATT, especially in light of past criticisms of its weakness. It should portray the GATT as a mechanism which encourages reciprocity and good faith by increasing external pressure on states to keep their promises. Reform should also avoid the brinksmanship associated with strengthening rules which are difficult for states to follow

93. Some may argue that this theoretical inconsistency has existed since the inception of the Subsidies Code, which lists injury, nullification and impairment and serious prejudice as evidence of adverse effect as well. However, as these concepts are found in rarely-used Track 2 portion of the Code (Article VIII), the results of any inconsistencies would have been negligible.

94. R.B. Rivers and J.D. Greenwald, «The Negotiation of a Code of Subsidies and Countervailing Measures : Bridging Fundamental Policy Differences», 11 Law and Pol'y in Int'l Bus. 1447 at 1488.

consistently and aim to establish rules which are realistic and effective. Nonviolation nullification and impairment accomplishes these goals.

However, the result of the new legalistic approach of the Uruguay Round may have permanently buried pragmatism. As the legalistic approach is a reaction to the perceived failure of pragmatism, the failure of the new rules-oriented GATT may only lead to a stronger push for legalism. Efforts to strengthen reciprocity and good faith would be replaced by the establishment of a «Super-GATT» or a «GATT-plus» arrangement whereby trade liberalization would only occur in a specific sector or between lesser numbers of states⁹⁵. Such an arrangement would be a radical departure from the current orientation towards inclusiveness of developing nations and different sectors and may feed the «growing dissatisfaction with multilateral trade negotiations...as a means of achieving trade liberalization»⁹⁶. Centralized, unaccountable decision-making might also raise fears of a democratic deficit similar to that experienced by the European Community⁹⁷. By rejecting the pragmatic approach, the GATT has chosen a new set of problematic questions which will only escalate in complexity and difficulty.

95. See Lawrence & Litan, *supra*, note 5 at 266-8 for a discussion of this option.

96. C.A. Primo Braga & A.J. Yeats, «Multilateral and Managed Trade in the Post-Uruguay Round World», (1994) 3 Minn. J. Global Trade 231 at 233.

97. See R. Howse & B. McGregor, «Annex III : Economic Integration in the European Community and Lessons for Canada» in R. Howse, *Economic Union, Social Justice and Constitutional Reform : Towards a High But Level Playing Field*, North York, Ontario, York University Centre for Public Law and Public Policy, 1992, at 169-170 and J. Pinder, «The European Community, the Rule of Law and Representative Government : The Significance of Intergovernmental Conferences», (1991) Gov't & Opposition 199 at 204.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** LE POUVOIR DE RECTIFICATION DE LA LOI PAR LE JUGE ET SON APPLICATION EN DROIT CONSTITUTIONNEL : ÉTUDE DE L'ARRÊT « R. » c. « LABA »
- Auteur(s) :** Lucie LAUZIÈRE
- Revue :** RDUS, 1994-1995, volume 25, numéro 1-2
- Pages :** 317-343
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12916>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12916>

Page vide laissée intentionnellement.

**LE POUVOIR DE RECTIFICATION DE LA LOI PAR LE
LE JUGE ET SON APPLICATION EN DROIT
CONSTITUTIONNEL :
ÉTUDE DE L'ARRÊT *R. c. LABA***

par Lucie LAUZIÈRE*

Les préceptes jurisprudentiels, les préceptes doctrinaux nous enseignent que la lettre de la loi constitue le point de départ de l'interprétation. En effet, tant dans les systèmes anglo-saxons que dans les systèmes civilistes, il fut affirmé avec certitude que lorsqu'un texte est clair, il ne doit pas être interprété. Il arrive néanmoins que les tribunaux, qui sont les principaux interprètes de la loi, soient appelés à l'adapter à l'évolution de la société, à en combler les lacunes, voire même à la rectifier, pour lui donner application. Mais ceux-ci ont toujours été très hésitants à intervenir dans l'oeuvre du législateur. Avec la méthode moderne d'interprétation, ce pouvoir d'intervention du juge dans l'oeuvre du législateur a connu un développement significatif. Notamment, l'intervention particulière du juge en matière constitutionnelle, par la mesure corrective qu'il est possible d'apporter en vertu de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 à la violation de la Charte canadienne des droits et libertés, redéfinit le rôle des tribunaux en donnant un très large pouvoir d'appréciation au juge.

1. Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.

According to doctrine and jurisprudence, statutory interpretation begins with the letter of the law. Both the common and the civil law traditions acknowledge that if the words of a statute are clear, then it should be applied as drafted. However, when applying a law, the courts may be called upon to adapt it to contemporary social reality, to make up for lacunae in a statute and even to rectify it. Although the courts have traditionally hesitated to encroach upon the role of legislators, the modern method of interpretation has led to greater involvement by the judiciary in such matters. A notable example of this phenomenon is encountered in constitutional law where the courts, in determining an appropriate remedy under section 52 of the Constitution Act, 1982, have actually redefined their role by extending the scope of their interpretive powers.

(1994-95) 25 R.D.U.S.	<i>Le pouvoir de rectification de la loi par le juge et son application en droit constitutionnel : étude de l'arrêt R. c. Laba</i>	319
-----------------------	--	-----

SOMMAIRE

Introduction	319
1. Exposé des faits et motifs	319
1.1 Les faits	319
1.2 Les jugements de première et de deuxième instance	320
1.3 La décision de la Cour suprême du Canada	323
1.3.1 La violation de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	323
1.3.2 La réparation appropriée	326
2. L'intervention du juge dans l'oeuvre du législateur	329
2.1 Le pouvoir créateur du juge dans l'interprétation de la loi	330
2.2 La rectification de la loi par le juge	333
2.3 L'intervention particulière du juge en matière constitutionnelle : la mesure corrective en vertu de l'article 52 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	337
Conclusion	342

Introduction

Le 8 décembre 1994, la Cour suprême du Canada rendait jugement dans l'affaire *R. c. Laba*¹, dans laquelle elle prenait position en matière constitutionnelle. Elle reconnaissait d'une part la validité de l'article 394(1)*b*) du *Code criminel*², eu égard à la *Charte canadienne des droits et libertés*³, et récrivait d'autre part une partie de cet article. C'est ce dernier point qui fera principalement l'objet de notre étude.

Nous présenterons dans un premier temps un exposé des faits du litige ainsi que les motifs des jugements rendus en première instance et en appel. Nous aborderons par la suite à la lumière de cette décision, une discussion sur le rôle créateur du juge dans l'application de la loi. Plus spécifiquement, nous tenterons de voir dans quelle mesure l'oeuvre créatrice du juge peut par l'effet de l'interprétation devenir correctrice de celle du législateur.

1. Exposé des faits et motifs

1.1 Les faits

Le 20 octobre 1989, les intimés (Johnson, Laba, Lebrun, Legendre, Timm et Tichinoff) ont été accusés de complot en vue de commettre l'acte criminel consistant à vendre ou à acheter de la roche, du minerai ou une autre substance volés renfermant des métaux précieux, contrairement aux articles 394(1)*b*) et 465(1)*c*) du *Code criminel*.

Le 15 décembre 1989, les intimés ont présenté une requête préliminaire devant le juge Boissonneault de la Cour de l'Ontario (Division générale) pour contester la constitutionnalité de l'article 394(1)*b*) du *Code criminel* sur le fondement des articles 7, 11*c*) et 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et*

-
1. [1994] 3 R.C.S. 965. Il s'agit d'un pourvoi contre une décision de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a modifié un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) déclarant inopérant l'article 394(1)*b*) du *Code criminel*.
 2. L.R.C. (1985), c. C-46.
 3. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

libertés. Le 13 novembre 1990, le juge Boissonneault a statué sur la requête. Il est arrivé à la conclusion que l'article 394(1)*b*) violait la présomption d'innocence garantie par l'article 11*d*) de la *Charte* et que cette violation ne constituait pas une limite raisonnable au droit garanti par la *Charte*, conformément à son article premier. Il déclarait du même souffle l'article 394(1)*b*) du *Code criminel* nul et inopérant⁴. Comme suite à cette décision, le même juge a accueilli la demande d'arrêt des procédures des intimés le 14 janvier 1991 pour le motif que la disposition créant l'infraction matérielle précise dont les intimés avaient été accusés était nulle et inopérante.

Le ministère public a interjeté appel de cette décision. Devant la Cour d'appel de l'Ontario, le ministère public a admis qu'il y avait violation de l'article 11 *d*) de la *Charte*, mais a cherché à faire infirmer le jugement pour le motif que la disposition en cause aurait dû être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Dans ses motifs déposés le 16 juin 1992⁵, le juge Tarnopolsky a conclu que l'appelante ne s'était pas acquittée du fardeau d'établir la raisonnabilité, au sens de l'article premier de la *Charte*, de la disposition du *Code criminel*. La Cour d'appel a accueilli l'appel en concluant à l'inconstitutionnalité d'une partie de l'article 394(1)*b*) et appel de cette décision a été interjeté devant la Cour suprême du Canada.

1.2 Les jugements de première et de deuxième instance

L'acte criminel reproché aux intimés est défini à l'article 394(1)*b*) du *Code criminel* comme suit :

394. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, selon le cas :

[...]

b) vend ou achète de la roche, du minerai ou une autre substance renfermant des métaux précieux, ou des métaux précieux non fondus, non traités et non ouvrés, ou des métaux précieux partiellement fondus, traités ou ouvrés, à moins

4. (1991) 62 C.C.C. (3d) 375 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

5. (1992) 74 C.C.C. (3d) 538 (Ont. C.A.).

qu'il n'établisse qu'il est le propriétaire ou l'agent du propriétaire, ou qu'il agit avec autorisation légitime;

En première instance, devant la Cour de l'Ontario (Division générale), la principale question qui se posait était celle de savoir si l'article 394(1)*b*) du *Code criminel* violait la présomption d'innocence garantie par l'article 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui se lit comme suit :

11. Tout inculpé a le droit

[...]

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

La Cour arrive à la conclusion que l'inversion du fardeau de la preuve opérée, dans l'article 394(1)*b*) du *Code criminel*, par les mots «à moins qu'il n'établisse qu'il est le propriétaire...» viole l'article 11*d*) de la *Charte*, du fait qu'une personne est susceptible d'être reconnue coupable, même s'il existe un doute raisonnable quant à savoir si elle avait le droit d'acheter ou de vendre le métal précieux⁶.

Concluant à la violation d'un droit garanti par la *Charte*, la Cour se demande ensuite si cette violation constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*⁷. Elle y répond négativement et déclare la disposition du *Code criminel* nulle et inopérante :

-
6. Les arguments du juge Boissonneault pour conclure à la violation de la présomption d'innocence sont : «1. General common law excuses such as mistake of fact must be proven by the accused. 2. It is possible for an accused to be convicted despite a reasonable doubt as to his guilt. 3. Ownership or lack of ownership is an essential element of the offence and an impermissible onus to establish ownership is placed on the accused.» *R. v. Laba*, précité, note 4, 380.
 7. L'article se lit comme suit : «1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

I accept mine managers as experts in their field. I question however the facts upon which they relied to arrive at their conclusion that theft of precious metals is a significant problem in their respective operations. The estimates of actual losses are not supported by any evidence. Anticipated losses are not supported by fact. I find the evidence falls short to establish the limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society⁸.

Devant la Cour d'appel de l'Ontario, le ministère public admit que la partie de l'article contesté portant inversion du fardeau de la preuve contrevenait à l'article 11*d*) de la *Charte*. La Cour d'appel conclut donc à l'inconstitutionnalité de l'article 394(1)*b*) du *Code criminel*. Elle se pencha ensuite sur la question de savoir si l'inversion du fardeau de la preuve opérée par cet article constituait, selon les critères de l'arrêt *Oakes*⁹, une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le juge Tarnopolsky y répondit, au nom de la Cour, négativement. Mais, contrairement au juge Boissonneault, il n'a pas déclaré l'article 394(1)*b*) entièrement inopérant. Plutôt que d'annuler l'article au complet, il a simplement radié la partie de la disposition portant inversion du fardeau de la preuve. La validité de l'article 394(1)*b*) était maintenue, à l'exception des mots «il n'établisse qu'» qui étaient radiés.

8. *R. v. Laba*, précité, note 4, 381 (j. Boissonneault).

9. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

1.3 La décision de la Cour suprême du Canada

1.3.1 La violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*

La Cour suprême a accueilli le pourvoi en partie¹⁰. Deux questions ont été soulevées devant la Cour, l'une de compétence et l'autre de fond concernant la constitutionnalité de l'article 394(1)*b*). Relativement à la première question, il s'agissait en l'espèce de déterminer si la Cour était compétente pour entendre le litige aux termes de l'article 693(1)*b*) du *Code criminel* qui prévoit que le procureur général peut interjeter appel lorsqu'un jugement d'une cour d'appel rejette un appel. La Cour s'est déclarée compétente pour entendre le litige. Cependant, elle est demeurée divisée quant au choix des motifs de la décision. D'une part, le juge en chef Lamer, au nom des juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major, s'appuyait sur l'article 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*¹¹, alors que, d'autre part, la juge L'Heureux-Dubé, au nom des juges La Forest et Gonthier, invoquait l'article 693(1)*b*) du *Code criminel* pour donner compétence à la Cour. La discussion de ces motifs n'intéresse pas directement l'objet de nos propos.

Sur la deuxième question en litige, celle de la constitutionnalité, le juge Sopinka s'est prononcé au nom de la Cour. Reprenant l'admission du ministère public, tant devant la Cour d'appel que devant la Cour suprême, à l'effet que l'article 394(1)*b*) du *Code Criminel* violait l'article 11*d*) de la *Charte*, celui-ci a confirmé l'inconstitutionnalité de la disposition du *Code*. Il a procédé ensuite à l'examen de l'article 394(1)*b*) pour savoir s'il constituait, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable au droit garanti par l'article 11*d*) de cette dernière.

Pour être en mesure de déterminer si l'article 394(1)*b*) constitue une limite raisonnable au droit à la présomption d'innocence et s'il peut être maintenu en vertu de l'article premier de la *Charte*, la Cour s'est référée au critère applicable en l'espèce, celui de l'arrêt *Oakes*¹². Suivant cet arrêt, la disposition attaquée doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et

10. *R. c. Laba*, précité, note 1.

11. L.R.C. (1985), c. S-26.

12. Modifié par l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 887-889 (j. Lamer).

démocratique, afin d'être suffisamment importante pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. L'objectif de l'article 394(1)*b*) étant de prévenir le vol de minerai renfermant des métaux précieux, cet article vise clairement à criminaliser le commerce du minerai volé renfermant des métaux précieux. Dans la poursuite de cet objectif, la disposition portant inversion du fardeau de la preuve a pour but de faciliter les poursuites contre les contrevenants. S'appuyant sur le contexte historique, social et économique dans lequel s'insère cet article, la Cour conclut que celui-ci satisfaisait au premier volet du critère énoncé :

En toute déférence, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en tirant la conclusion contraire. Vu la nature du texte législatif en cause, je mets en question l'utilisation de statistiques relatives au nombre de poursuites intentées. Le nombre peu élevé de ces dernières ne témoigne pas nécessairement de la gravité du problème. [...] Cependant, la Cour d'appel s'est fondée sur l'absence d'une telle preuve [l'absence de preuve quant au rôle joué par la disposition portant inversion du fardeau de la preuve dans la réalisation de l'objectif visé] ainsi que sur la rareté des poursuites pour conclure à l'absence d'un objectif se rapportant à des préoccupations urgentes et réelles¹³.

Le deuxième volet du critère de l'arrêt *Oakes* est celui de la proportionnalité. C'est-à-dire que les moyens choisis pour atteindre l'objectif législatif doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif visé. Ils doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause et leurs effets préjudiciables doivent être proportionnels à leurs effets bénéfiques et à l'importance de l'objectif décrit comme étant «suffisamment important».

Pour atteindre l'objectif de la prévention du vol de minerai, le législateur a choisi d'interdire le commerce du minerai volé et d'imposer à l'accusé le fardeau d'établir que le minerai n'a pas été volé. La Cour a estimé que ces deux mesures sont des réponses logiques au problème du vol de métaux précieux.

Elle a examiné ensuite l'atteinte à la présomption d'innocence, afin de déterminer si le gouvernement a démontré que la disposition porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution. Elle s'est

13. *R. c. Laba*, précité, note 1, 1007 (j. Sopinka).

demandé si le législateur disposait d'un autre moyen pour atteindre l'objectif en cause :

En rédigeant l'al. 394(1)*b*), le législateur aurait pu tout simplement choisir d'imposer à l'accusé une charge de présentation au lieu de la charge ultime intégrale d'établir la propriété, le mandat ou l'autorisation légitime. S'il en avait été ainsi, l'accusé ne serait tenu que de présenter ou d'évoquer un élément de preuve qui, s'il était admis, serait de nature à soulever un doute raisonnable quant à savoir s'il était propriétaire ou l'agent du propriétaire, ou encore s'il agissait en vertu d'une autorisation légitime. S'il réussissait à soulever un tel doute, il incomberait alors au ministère public d'établir le contraire hors de tout doute raisonnable. Si le ministère public ne réussissait pas à dissiper un doute raisonnable, l'accusé serait acquitté¹⁴.

Tenant compte du fait que le législateur doit disposer d'une certaine latitude et qu'il n'a pas à opter pour la solution la moins restrictive imaginable, la Cour ne s'estime toutefois pas convaincue que le législateur a choisi le moyen qui portait aussi peu que raisonnablement atteinte à l'article 11*d*), c'est-à-dire au droit d'être présumé innocent. Par conséquent, elle en conclut que le ministère public ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve. Vu cette conclusion, il n'apparaissait plus nécessaire à la Cour de se prononcer sur l'exigence de proportionnalité.

Cependant, concernant ce dernier point, le juge Sopinka a réitéré son inquiétude quant à la possibilité que l'article 394(1)*b*) permette que de nombreux innocents soient déclarés coupables et qu'il porte ainsi gravement atteinte à l'article 11*d*). À son avis, il n'était pas logique, lorsqu'une personne achète ou vend du minerai renfermant un métal précieux, de présumer que l'opération est illégitime. Dans ce cas, la preuve selon la prépondérance des probabilités pouvait devenir un lourd fardeau dont bon nombre d'innocents auraient été incapables de s'acquitter.

14. *Id.*, 1009.

1.3.2 La réparation appropriée

Selon le juge Sopinka, l'effet dissuasif recherché par l'article 394(1)*b*) du *Code criminel* ne justifiait pas une violation aussi importante du droit à la présomption d'innocence par l'imposition d'une charge ultime à l'accusé de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession d'un minéral renfermant un métal précieux à la suite du vol de celui-ci :

En revanche, je crois que l'imposition à l'accusé d'une charge de présentation est justifiée, même si elle porte atteinte au droit à la présomption d'innocence. Il me paraît invraisemblable qu'une personne innocente soit incapable de produire ou d'évoquer un élément de preuve quelconque qui soulève un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Même si l'imposition d'une charge de présentation viole la présomption d'innocence, je conclus que cela ne fait augmenter que de façon minime la probabilité qu'un innocent soit déclaré coupable et que cela constitue une limite justifiable au droit d'être présumé innocent¹⁵.

C'est en l'espèce la réparation que la Cour a choisi d'apporter à la violation de la *Charte*. Ce faisant, elle a annulé la partie de l'article 394(1)*b*) qui est inconstitutionnelle, en supprimant le segment qui impose à l'accusé la charge ultime d'établir la propriété, le mandat ou l'autorisation légitime; et elle y a substitué les mots nécessaires pour imposer à l'accusé une charge de présentation.

Les réparations possibles auxquelles la Cour s'est référée étaient les suivantes : (i) annuler l'article 394(1)*b*) au complet et ordonner l'arrêt des procédures, comme l'a fait le juge Boissonneault en première instance; (ii) radier les mots fautifs «il n'établisse qu'» qui créent l'inversion du fardeau de la preuve, comme l'a fait la Cour d'appel; cette dernière a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'annuler l'alinéa en entier parce que seule la disposition portant inversion du fardeau de la preuve a été jugée inconstitutionnelle; (iii) radier les mots fautifs tout en considérant que le texte contenait les mots appropriés pour y substituer une charge de présentation. La Cour a retenu cette dernière réparation.

15. *Id.*, 1011.

Dans le choix de la réparation appropriée, la Cour s'est appuyée sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁶, ainsi que sur les propos du juge Lamer qu'il a exprimés dans l'arrêt *Schachter c. Canada*¹⁷ au sujet des différentes réparations possibles :

Un tribunal jouit d'une certaine latitude dans le choix de la mesure à prendre dans le cas d'une violation de la *Charte* qui ne résiste pas à un examen fondé sur l'article premier. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit l'annulation des «dispositions incompatibles» de toute règle de droit. Selon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité ou il peut appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large¹⁸.

Dans son choix, la Cour entend appliquer «les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte*, sans empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire»¹⁹. Sur ce point, la Cour avait étudié dans l'arrêt *Schachter* la possibilité de recourir à l'interprétation large, comme mesure corrective à apporter en vertu de l'article 52, et décidé de ne pas s'en prévaloir. Elle déclarait à cet effet que «les tribunaux ont un pouvoir limité, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de donner une interprétation large à une loi pour en étendre le champ d'application»²⁰. En l'espèce, l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*²¹ qui créait une situation d'inégalité entre les parents naturels et les parents adoptifs a été déclaré inopérant. L'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité de cet article pouvait être suspendu pendant un certain temps pour que le Parlement puisse modifier le texte législatif d'une façon qui lui permette de respecter ses obligations constitutionnelles. Selon la Cour, le recours à l'interprétation large pour étendre le champ d'application de la loi aux parents naturels aurait eu pour effet de la

16. Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11. L'article 52(1) se lit comme suit : «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.»

17. [1992] 2 R.C.S. 679.

18. *Id.*, 695 (j. Lamer).

19. *R. c. Laba*, précité, note 1, 1012 (j. Sopinka).

20. *Schachter c. Canada*, précité, note 17, 725 (j. Lamer).

21. S.C. 1970-71-72, ch. 48.

modifier d'une manière importante, constituant ainsi un degré d'empiètement trop grand sur le domaine législatif. À défaut de pouvoir déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution, la Cour renvoyait l'affaire au Parlement, mais non sans avoir posé au préalable les principes qui doivent guider toute étude des mesures correctives à apporter en vertu de l'article 52.

Suivant ces principes, la Cour convient dans l'arrêt *Laba* que l'article 52 n'exige rien de plus que la suppression des mots créant une charge ultime et que la substitution des mots qui réduisent la charge ultime en une charge de présentation assurerait la réalisation de l'objectif législatif et la protection des valeurs exprimées dans la *Charte*. Mais, elle doit se demander si une telle substitution empiète sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire, c'est-à-dire davantage que le simple fait de supprimer toute mention des obligations de l'accusé à cet égard. La suppression aurait pour effet de faire assumer entièrement par le ministère public le fardeau de la preuve, alors que la substitution²² imposerait à l'accusé l'obligation de présenter des éléments de preuve, sans toutefois assumer la charge de non-persuasion.

Pour déterminer si l'empiètement sur le domaine législatif est justifié²³, la Cour s'est demandé s'il était possible de présumer sans risque d'erreur que le législateur aurait adopté dans les circonstances la mesure législative sous sa forme modifiée. Reprenant l'historique de l'article 394(1)*b*) et mettant ensuite en rapport le contenu de l'article avec des dispositions connexes du *Code criminel* et d'autres lois fédérales prévoyant une inversion du fardeau de la preuve en imposant à l'accusé une charge de présentation, le juge Sopinka arrive à la conclusion ferme qu'il était possible de le présumer. Comme la qualification de la réparation appropriée dans les circonstances (annulation, interprétation large, interprétation atténuée) faisait problème²⁴, le juge Sopinka s'est replié sur

22. Dans l'article 394(1)*b*), les mots «à moins qu'il n'établisse qu'» seraient remplacés par «en l'absence de preuve soulevant un doute raisonnable qu'».

23. La Cour s'en rapporte ici à l'arrêt *Schachter c. Canada*, précité, note 17, où la question de l'empiètement sur le domaine législatif a été circonscrite par le juge en chef Lamer.

24. «Bien que la réparation que je considère appropriée, après examen de l'affaire, soit la radiation et l'interprétation large, le même résultat pourrait être obtenu par d'autres moyens. Comme je l'ai déjà souligné, la disposition portant inversion du fardeau de la preuve pourrait recevoir une interprétation atténuée de manière à ne prévoir qu'une charge de présentation. En fait, le résultat

une description conceptuelle de l'incompatibilité, telle que développée par le juge Lamer dans l'arrêt *Schachter*²⁵, plutôt que sur la formule législative pour conclure :

Lorsque l'incompatibilité entre l'al. 394(1)*b*) et la *Charte* est décrite de manière conceptuelle, plutôt que simplement par rapport aux termes utilisés par le législateur, il appert que la réparation proposée ne comporte que l'annulation d'une partie de l'alinéa²⁶.

Les arrêts *Schachter* et *Laba* soulèvent un problème intéressant quant au pouvoir d'intervention du juge dans l'oeuvre du législateur. Il y a lieu de les analyser dans un contexte plus global afin d'en saisir le sens et la portée.

2. L'intervention du juge dans l'oeuvre du législateur

Dans les sociétés contemporaines, le droit est une création humaine. Les sources auxquelles se réfèrent les grands systèmes juridiques n'apparaissent pas comme immuables. Elles doivent s'adapter aux réalités de la vie sociale. Le droit devient l'oeuvre de plusieurs intervenants qui se succèdent et dont les principaux sont le législateur, par la voix des légistes et des parlementaires, et les juges. Vue comme une réalité sociale, la norme juridique acquiert une existence réelle par sa fixation dans les textes des lois ou des décisions judiciaires²⁷.

Le pouvoir d'intervention du juge dans l'oeuvre du législateur se manifeste par le processus d'interprétation et d'application des lois. L'obligation qui est faite au juge de dire la loi amène ce dernier à l'adapter à l'évolution de la société, à en combler les lacunes, voire même à la rectifier.

net obtenu pourrait également être considéré comme une annulation seulement.» *R. c. Laba*, précité, note 1, 1015.

25. *Schachter c. Canada*, précité, note 17, 699.

26. *R. c. Laba*, précité, note 1, 1016.

27. La norme juridique est vue comme une «construction artificielle humaine». Voir C. Varga, «Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques», (1973) 18 *Arch. de phil. du droit* 215, p. 217.

2.1 Le pouvoir créateur du juge dans l'interprétation de la loi

Le mot «interprétation» fait image. On a souvent rapproché l'interprétation du droit de toutes les formes d'art où elle se révèle nécessaire : musique, peinture, danse, théâtre; on l'a mise en rapport, non seulement avec les arts, mais aussi avec les sciences, l'histoire et l'archéologie. Dans toutes ses applications, la notion d'interprétation présuppose la présence indispensable d'un intermédiaire²⁸ qui actualise une oeuvre. On trouve dans l'interprétation une part de créativité : celle que l'interprète veut bien y révéler dans sa recherche de la vérité de l'oeuvre. En conséquence, de l'équilibre plus ou moins bien réussi entre les deux éléments de l'interprétation véritable, la création personnelle de l'interprète et la fidélité littérale au texte de loi, dépendra la valeur de l'interprétation juridique²⁹.

La conception actuelle et moderne de la loi apparaît comme le produit d'une situation historique qui a été fortement influencée par le droit romain. En effet, dans la hiérarchie des sources du droit romain, la loi était consacrée comme source presque exclusive, les autres ne lui étant que supplétives ou interprétatives. Cette importance accordée à la loi entraînait par conséquent l'idée implicite d'un législateur suprême et tout-puissant, qui a inspiré tout le droit moderne. En prenant place dans les divers systèmes juridiques, même dans la tradition des droits anglais où longtemps elle n'a joué qu'un rôle secondaire³⁰, la loi trouvait son principal fondement dans les principes supérieurs du législateur.

Encore faut-il rappeler que, tout au début, le droit est apparu comme une manifestation de la volonté divine. Les lois, formulées par la divinité elle-même et révélées au premier législateur, étaient considérées comme une perfection. Par leur caractère transcendant et divin, tout pouvoir de les interpréter était limité.

28. Par ses origines latines, le mot «interprétation» renvoie à la notion d'intermédiaire.

29. F. Bayer, Article «Interprétation», *Encyclopédie philosophique universelle*, vol. II, tome 1, Presses universitaires de France, 1990, p. 1359.

30. Le droit anglais étant essentiellement jurisprudentiel, la loi formulait moins des principes qu'elle ne corrigeait ceux qui se dégageaient de la tradition.

La formule était sacrée et du moment que le droit résidait dans la lettre de la loi, le seul office de l'interprétation était d'en reconnaître le sens exact³¹.

À cette «sacralisation» de la loi, se sont succédées au ^{xx}e siècle des conceptions plus volontaristes et plus socialisantes qui n'ont pas tardé à modifier cette première conception de l'interprétation. Le gouvernement s'est fait législateur. On ne cherche plus les préceptes de la loi dans la Révélation. La modernité de la loi n'apparaît alors pas tant comme le produit d'une situation historique que celui d'une volonté commune et générale, transformatrice et constructive de la société.

Délaissant l'idée d'un législateur suprême et tout-puissant, on constate alors avec François Gény que l'omnipotence législative a ses bornes logiques et nécessaires³². Il s'ensuit, comme toute oeuvre humaine, que la loi sera forcément incomplète. Quels que soient les perfectionnements que l'on apporte à la législation, l'interprétation demeure une nécessité permanente : le législateur pose des principes qui, quelque bien formulés qu'on les suppose, resteront toujours des abstractions que les tribunaux auront à appliquer aux cas portés devant eux. Cette application d'un principe à un cas donné est l'oeuvre de l'interprète et en ce domaine les difficultés surgissent en foule³³.

Il faut constater cependant que très souvent la règle de droit, telle qu'elle est formulée, n'offre pas de doute. Les tribunaux n'ont qu'à qualifier les faits pour ensuite appliquer les règles juridiques pertinentes. Mais les tribunaux ne font pas

31. On trouve cet attachement pour la lettre de la loi dans les célèbres constitutions de Justinien qui, proclamant son oeuvre législative parfaite, interdisait tout commentaire privé et réduisait les juges à une fonction presque mécanique. C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 3^e éd., Paris, A. Cotillon, 1879, vol. 1, n° 31, pp. 74-75. M.F.C. de SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduit de l'allemand par Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot, 1840, vol. 1, n° 47-48, pp. 289-304.

32. «Nous constatons, d'une part, que la loi émane de l'intelligence et de la volonté humaine, puisque le pouvoir, qui la porte, sous quelque forme qu'on le suppose constitué, réside toujours dans un homme ou dans un groupe d'hommes; d'autre part, que cette intelligence et cette volonté, le plus souvent collectives, s'expriment en une formule, conçue dans le langage de ceux que la loi doit régir, afin de faire passer dans leur esprit la substance même des règles qu'elle édicte.» F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, vol. 1, n° 56, p. 116.

33. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., Paris, Librairie A. Marescq, 1878, vol. 1, n° 270, pp. 340-341.

qu'interpréter et appliquer la loi telle qu'elle existe : «il[s] la moule[nt] à l'évolution de la société, tantôt pour l'accompagner, tantôt pour la redresser»³⁴. Le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi n'arrête pas le juge. Conscient des imperfections de son oeuvre, le législateur reconnaissait le rôle créateur du juge à l'article 11 du *Code civil du Bas-Canada*³⁵. Cet article n'a pas été repris dans le *Code civil du Québec*. Cependant l'esprit de la disposition est demeuré. En effet, le deuxième alinéa de la disposition préliminaire, qui établit la portée du *Code* par rapport aux autres lois qui portent sur les mêmes matières, favorise une interprétation dynamique de celui-ci ainsi que le recours à ses dispositions pour interpréter et appliquer les autres lois et en combler les lacunes³⁶.

À une époque où l'inflation législative et réglementaire est très présente, le silence de la loi ou son insuffisance constitue peut-être «un rare événement»³⁷. Il n'en demeure pas moins une occasion de manifestation du pouvoir créateur du juge, car devant la carence du législateur, le juge a l'obligation de dire la loi.

Aujourd'hui, selon une approche moderne, il ne suffit plus de s'en tenir au sens des mots, c'est-à-dire à la lettre de la loi, mais de rechercher dans la volonté même du législateur la pensée que les mots recouvrent. Lorsque la volonté du législateur n'est pas révélée exactement par le texte, il faut recourir à l'esprit de la loi pour développer la signification de la formule de la loi qui demeure, néanmoins, le point de départ de l'interprétation³⁸. C'est là toute l'autorité qu'il faut attacher à la lettre de la loi.

34. J. DESCHÊNES, «Le rôle législatif du pouvoir judiciaire», (1974) 5 *R.D.U.S.* 1, p. 24.

35. «Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.» Cette disposition est devenue l'article 41.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., chap. I-16.

36. *Commentaires du ministre de la Justice*, tome I, Québec, Les publications du Québec, 1993, pp. 1-2.

37. J. DESCHÊNES, *loc. cit.*, note 34, p. 5.

38. La règle que Portalis avait mise en tête du Projet du Code civil français, à l'article 5 du titre préliminaire portant sur l'interprétation des lois, sert de guide : «Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit.» P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, vol. 2, p. 7. Pour une discussion sur la portée de cette règle, voir L. LAUZIÈRE, «Le sens ordinaire des mots comme règle d'interprétation», (1987) 28 *C. de D.* 367, pp. 372-375.

2.2 La rectification de la loi par le juge

S'il est un principe certain, qu'on ne peut s'écarter du sens littéral de la loi lorsque le texte est clair, il y a cependant un cas dans lequel l'interprète a le droit et le devoir de s'en écarter, c'est lorsqu'il est démontré³⁹ que le législateur a dit autre chose que ce qu'il voulait dire. Ce qui d'ailleurs n'arrive que dans de rares cas et ne se présume jamais.

It is a corollary to the general rule of literal construction that nothing is to be added to or taken from a statute unless there are adequate grounds to justify the inference that the legislature intended something which it omitted to express⁴⁰.

Il semble cependant que les tribunaux aient toujours été très hésitants à modifier l'oeuvre du législateur sous prétexte d'omission ou de rectification d'erreur matérielle. Lorsque le texte de la loi est précis, dans quelle mesure est-il permis aux tribunaux de le modifier sous prétexte d'erreur ? La question a été posée clairement à la Cour de cassation en 1891⁴¹. Dans l'affaire soumise, il s'agissait de décider si l'article 60 de la *Loi du 29 juillet 1881* sur la presse prévoyant que «sont applicables au cas de poursuite et de condamnation les dispositions de l'article 48 de la présente loi», contenait une erreur matérielle qu'il était dans les pouvoirs du juge de corriger, c'est-à-dire que l'article 48 ait été visé par erreur au lieu de l'article 49 (4). Dans son rapport, le conseiller Sallantin soulignait le fait que les lois n'étaient, pas plus que les conventions, à l'abri des erreurs de mots et de chiffres et que le juge devait rechercher dans ces cas la vraie pensée du législateur et mettre à la place de ce qu'il a mis, ce qu'il a entendu mettre; c'était là, disait-il, interpréter et non refaire la loi, mais à la condition que le juge ait la certitude qu'une erreur s'est glissée dans le texte.

39. La démonstration d'une erreur manifeste et matérielle dans un texte de loi peut se faire de différentes façons : d'abord par le non-sens de la disposition; ensuite par l'intention du législateur de reproduire littéralement une disposition d'une loi antérieure; ou encore par l'absence d'amendement proposé et adopté sur un texte précédent différent du texte reproduit officiellement. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 3^e éd., Paris, Larose et Forgel, 1888, vol. 1, n° 100, p. 51.

40. P.B. MAXWELL, *On the Interpretation of Statutes*, London, William Maxwell & Son, 1875, p. 33. Voir aussi, *Everett v. Wells*, (1841) 2 Man.&G. 269, 277 (J. Tindal) : «It is our duty neither to add to nor take from a statute, unless we see good grounds for thinking that the legislature intended something which it has failed precisely to express.»

41. Crim., 13 juin 1891, D.P. 92. I. 77 (rapport Sallantin).

La même question se posa aux tribunaux anglais dans l'affaire *R. v. Wilcock*⁴² qui portait sur des faits analogues. Dans cette affaire, on faisait mention d'une loi qui en abrogeait une autre décrite par son titre et la référence à l'année de son adoption, c'est-à-dire 13 Geo. 3. Or il ne se trouvait aucune loi de ce titre dans le recueil des lois de l'année 13 Geo. 3, mais il s'en trouvait une dans le recueil de l'année 17 Geo. 3. On eut dans ce cas la certitude qu'une erreur s'était glissée dans le texte :

A mistake has been committed by the Legislature; but, having regard to the subject matter, and looking to the mere contents of the Act itself, we cannot doubt that the intention was to repeal the 17 Geo. 3, and that the incorrect year must be rejected⁴³.

Néanmoins, tant en France qu'en Angleterre, les tribunaux ont agi avec une extrême circonspection dans le cas où le texte d'une loi invoqué, bien que paraissant entaché d'une erreur ou présenter une lacune, avait pourtant un sens propre et pouvait recevoir une application juridique. On jugea à maintes reprises qu'il ne s'agissait pas alors de rectifier uniquement une erreur matérielle ou une omission, mais d'ajouter à la loi une disposition qu'elle ne contenait pas⁴⁴.

La règle demeure que les juges ne peuvent se rendre maîtres des erreurs qu'ils croient remarquer dans la loi et se permettre de les rectifier. Comme les lois sont exécutoires pour les citoyens dans les termes dans lesquels elles sont portées à leur connaissance, on pourra difficilement reprocher aux juges de refuser d'appliquer la loi à un cas que les termes matériels de sa rédaction n'admettent pas⁴⁵.

42. (1845) 7 Q.B. 317.

43. *Id.*, 338 (Lord Denmon).

44. Voir, à titre d'exemples, en France : Crim., 13 juin 1891, D.P. 92. I. 77; Civ., 20 octobre 1891, D.P. 92 I. 57; en Angleterre : *Gwynne v. Burnell*, (1840) 6 Bing. N.C. 453; *Green v. Wood*, (1845) 7 Q.B. 178; *R. v. Arnold*, (1864) 5 B.&S. 322; *R. v. Inhabitants of Denton*, (1864) 5 B.&S. 821.

45. Voir, à titre d'exemples, en France : Crim., 13 juin 1891, D.P. 92. I. 77; Civ., 20 octobre 1891, D.P. 92 I. 57; en Angleterre : *Gwynne v. Burnell*, (1840) 6 Bing. N.C. 453; *Green v. Wood*, (1845) 7 Q.B. 178; *R. v. Arnold*, (1864) 5 B.&S. 322; *R. v. Inhabitants of Denton*, (1864) 5 B.&S. 821.

En Angleterre, l'interprétation de la loi par son sens littéral et l'interdiction de s'en écarter se rattachent davantage à un attribut de la personnalité du législateur : sa perfection. En effet, le législateur étant perçu comme un être idéal, parfait, il est censé exprimer clairement son intention :

a Court of Law is bound to proceed upon the assumption that the legislature is an ideal person that does not make mistakes. It must be assumed that it has intended what it has said⁴⁶.

Néanmoins, certaines erreurs se glissent dans les lois et, confrontés à cette situation, les tribunaux ont adopté deux approches différentes⁴⁷. Dans certains cas, selon une approche traditionnelle, les tribunaux attribuent l'erreur au rédacteur législatif et s'en remettent par la suite au législateur pour remédier à la loi :

The draftsman of this Act may have made a mistake. If so, the remedy is for the legislature to amend it⁴⁸.

Dans d'autres cas, selon une deuxième approche, plus moderne, devant l'erreur législative le juge recherche l'intention du législateur et lui donne effet en apportant les correctifs nécessaires à la loi. On trouve illustration de cette approche dans les propos de Lord Denning exprimés dans *Seaford Court Estates v. Asher*⁴⁹ :

It would certainly save the judges trouble if Acts of Parliament were drafted with divine prescience and perfect clarity. In the absence of it, when a defect appears a judge cannot simply fold his hands and blame the draftsman. He must set to work on the constructive task of finding the intention of Parliament, and he must do this not only from the language of the statute, but also from a

46. *Commissioners for Income Tax v. Pemsel*, [1891] A.C. 531, 549 (Lord Halsbury).

47. Ces deux approches sont exposées par le juge Andrews dans *R. v. Krentz* [1976] 6 W.W.R. 527, 531 (B.C.S.C.).

48. *Richards v. McBride*, [1881] Q.B.D. 119, 122-123 (J. Grove). Voir aussi dans le même sens, *Midland Railway of Canada v. Young*, (1893) 22 R.C.S. 190, 198 : «We know of many cases where legislatures without doubt intended to say one thing but signally failed to say it. We should not say it for them. The misfortune is curable by the legislatures only, not by the courts.» (J. Sedgewick).

49. [1949] 2 K.B. 481, confirmé par [1950] A.C. 508.

consideration of the social conditions which gave rise to it, and of the mischief which it was passed to remedy, and then he must supplement the written word so as to give "force and life" to the intention of the legislature⁵⁰.

Lord Denning reprend ce même point de vue, en dissidence toutefois, à l'occasion d'une autre affaire, *Magor and St. Mellons Rural District Council v. Newport Borough Council*⁵¹ :

We sit here to find out the intention of Parliament and of Ministers and carry it out, and we do this better by filling in the gaps and making sense of the enactment than by opening it up to destructive analysis⁵².

Ces propos de Lord Denning ont cependant fait l'objet de commentaires lors de l'appel de cette décision à la Chambre des Lords. Cette dernière a plutôt favorisé l'approche traditionnelle de la question :

It appears to me to be a naked usurpation of the legislative function under the thin disguise of interpretation. And it is the less justifiable when it is guesswork with what material the legislature would, if it had discovered the gap, have filled it in. If a gap is disclosed, the remedy lies in an amending Act⁵³.

La Chambre des Lords confirmait donc à l'occasion de ces deux affaires, entendues à peu de temps d'intervalle⁵⁴, deux approches opposées. Pour leur part, les tribunaux canadiens semblent avoir retenu davantage la deuxième approche⁵⁵, qui élargit leur rôle en donnant un large pouvoir d'appréciation au

50. *Id.*, 499. La Chambre des Lords avait dit précédemment dans l'affaire *Salmon v. Duncombe*, (1886) 11 A.C. 627, 634 (Lord Hobhouse) : «It is, however, a very serious matter to hold that when the main object of a statute is clear, it shall be reduced to a nullity by the draftsman's unskilfulness or ignorance of law. It may be necessary for a Court of Justice to come to such a conclusion, but their Lordships hold that nothing can justify it except necessity or the absolute intractability of the language used.»

51. [1950] 2 All E.R. 1226.

52. *Id.*, 1236.

53. [1952] A.C. 189, 191 (Lord Simonds).

54. L'affaire *Seaford Court Estates v. Asher* fut confirmée par la Chambre des Lords en 1950 et l'appel de l'affaire *Magor and St. Mellons Rural District Council v. Newport Borough Council* fut entendue par la Chambre des Lords en 1952.

55. Voir *R. v. Krentz*, précité, note 47, 532.

juge, comme on peut voir en matière constitutionnelle, notamment dans l'arrêt *Laba*.

2.3 L'intervention particulière du juge en matière constitutionnelle : la mesure corrective en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Au regard des règles générales d'intervention du juge en matière d'interprétation et de rectification de la loi, la réparation apportée par la Cour suprême comme mesure corrective à la violation de la *Charte* dans l'arrêt *Laba* peut étonner. La Cour a procédé à la réécriture d'une partie de l'article 394(1)*b*) du *Code criminel* jugée inconstitutionnelle.

On doit toutefois considérer avec attention le fait que les questions que soulève l'application de la *Charte* font intervenir des règles d'interprétation constitutionnelle particulières. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵⁶ reconnaît la suprématie de la Constitution canadienne en rendant inopérante toute disposition incompatible d'une règle de droit avec cette dernière. Par cette reconnaissance, la Constitution s'est vue accorder par les tribunaux chargés de son interprétation un statut particulier quant aux règles qui lui sont applicables⁵⁷. C'est ainsi que la règle de l'interprétation littérale des textes de lois a été tempérée à plusieurs reprises par les tribunaux qui ont favorisé une interprétation large des lois constitutionnelles, afin de mieux les adapter aux réalités de la vie sociale⁵⁸. De même, la présomption de constitutionnalité des lois et son corollaire, l'interprétation atténuée, selon lequel il faut préférer une interprétation qui préserve la loi à une autre qui l'invalide, ont élargi le rôle des tribunaux dans l'application des lois constitutionnelles, et notamment de la *Charte*. Sous l'influence des décisions rendues par les tribunaux américains en matière constitutionnelle, les premiers arrêts sur la *Charte* évoquaient des règles

56. Précitée, note 16.

57. Voir à ce sujet : R. Langlois, «L'application des règles d'interprétation constitutionnelle», (1987) 28 *C. de D.* 207, pp. 209-211.

58. *Ibid.*

d'interprétation libérale, souple et évolutive nécessaires pour protéger les valeurs fondamentales qu'elle consacrait⁵⁹.

L'avènement de la *Charte* a, par ailleurs, permis au pouvoir judiciaire d'exercer une autorité constitutionnelle grandissante et dont on a mal à distinguer les limites. Profitant des changements constitutionnels de la dernière décennie et de la souveraineté nouvelle qui leur a été dévolue par la *Charte*⁶⁰, les tribunaux, particulièrement la Cour suprême, ont su établir leur prééminence par rapport aux autres institutions constitutionnelles.

Il faut situer dans ce contexte la conclusion du juge Sopinka quant à la réparation apportée à la violation de la présomption d'innocence, à l'article 394(1)b) du *Code criminel* concernant la vente et l'achat de minerai. Au nom de la Cour, le juge Sopinka a supprimé dans cet article les mots qui imposent à l'accusé la charge ultime d'établir la propriété, le mandat ou l'autorisation légitime («à moins qu'il n'établisse qu'») et y substitué les mots nécessaires pour imposer une charge de présentation («en l'absence de preuve soulevant un doute raisonnable qu'»).

Dans le choix des différentes réparations possibles, conformément à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶¹, les tribunaux peuvent selon les circonstances annuler tout ou partie de la disposition incompatible (la doctrine de la dissociation) ou appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large. Les juges de première et de deuxième instance ont choisi d'annuler la disposition incompatible du *Code criminel*, en totalité dans le premier cas, en partie dans le second, alors que la Cour suprême a fait un pas de plus en annulant une partie de la disposition incompatible et en y substituant, par une technique qu'elle a eu mal à qualifier d'interprétation atténuée ou d'interprétation large, les mots nécessaires pour réaliser les objectifs législatifs de la disposition.

59. *Id.*, p. 213, où l'auteur fait un exposé sur la dimension que l'avènement de la *Charte* a apportée à la Constitution canadienne.

60. Voir L. HUPPÉ, «L'émergence d'un pouvoir judiciaire souverain», (1995) 55 *R. du B.* 171, p. 177. L'auteur démontre dans son étude le nouveau statut du pouvoir judiciaire.

61. Précitée, note 16. Voir *supra*, note 18, et le texte accompagnant.

On remarquera que, dans l'application des techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large en matière constitutionnelle, les tribunaux font plus qu'étendre ou restreindre la portée des mots employés dans la loi, ce qui ne serait là que l'application de la technique habituelle d'interprétation des lois⁶². Ils ajoutent ou retranchent des termes au libellé de la loi, dans la mesure nécessaire pour éviter toute violation de la Constitution. À cet effet, le juge Lamer soulignait dans l'arrêt *Schachter* :

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas pour effet de restreindre le tribunal à l'examen du libellé employé par le législateur lorsqu'il détermine l'incompatibilité entre une loi et la Constitution. L'article 52 ne précise pas que les *termes* d'une loi qui sont incompatibles avec la Constitution sont inopérants. Il précise que la Constitution rend inopérantes les *dispositions* incompatibles de toute autre règle de droit. Par conséquent, l'incompatibilité peut s'entendre tant de ce qui a été omis du libellé de la loi que de ce qui y a été inclus à tort⁶³.

C'est ainsi que la question de l'empiétement sur le domaine législatif se pose en matière constitutionnelle. Les tribunaux viennent à déterminer l'étendue de l'incompatibilité de façon conceptuelle⁶⁴ et, incidemment, à faire dépendre la mesure corrective appropriée de la précision avec laquelle l'incompatibilité peut être déterminée :

Bien que l'interprétation large soit le pendant logique de la dissociation et serve la même fin, il importe de se rappeler qu'il existe une distinction importante entre les deux pratiques. En ce qui concerne la dissociation, la partie incompatible de la disposition législative peut être déterminée avec une certaine précision en fonction des exigences de la Constitution, ce qui ne sera pas toujours possible dans le cas de l'interprétation large. Dans certains cas, il ne sera pas possible, à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution⁶⁵.

62. Les mots employés par le législateur servent de point de départ. *Supra*, note 38.

63. *Schachter c. Canada*, précité, note 17, 699.

64. *Supra*, note 25. Par exemple, dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, l'étendue de l'incompatibilité a été déterminée de façon conceptuelle, plutôt que par rapport au libellé de la loi.

65. *Schachter c. Canada*, précité, note 17, 705 (j. Lamer).

L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*⁶⁶ a posé certaines limites aux règles d'interprétation constitutionnelle, larges et généreuses, en réitérant le principe bien établi qu'il revient au législateur de combler les lacunes des lois. Dans cet arrêt, le juge Dickson soulignait qu'«il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution» et qu'«[il] n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives»⁶⁷. Or, on constate que le large pouvoir d'appréciation conféré depuis aux tribunaux par l'article premier de la *Charte* fait contrepoids à ce principe.

En effet, dans son jugement le juge Sopinka a reconnu au nom de la Cour que, pour assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte*, l'article 52 n'exigeait rien de plus que la suppression des mots créant une charge ultime de persuasion, mais que la substitution de mots qui réduisent la charge ultime en une charge de présentation permettrait de réaliser davantage les objectifs législatifs de l'article 394(1)*b* du *Code criminel*⁶⁸. Compte tenu du bon nombre de dispositions du *Code criminel* et d'autres lois fédérales qui n'imposent qu'une charge de présentation à l'accusé, le juge a présumé que le législateur aurait sans aucun doute adopté la même disposition en n'imposant qu'une charge de présentation, s'il n'avait été possible d'imposer une charge ultime de persuasion. Mais il est toujours malaisé, quelles que soient les raisons que l'on invoque, de changer par la voie judiciaire la formule de la loi. C'est pourquoi, pour légitimiser la réécriture de la partie de l'article 394(1)*b* déclarée inconstitutionnelle, et dans une juste mesure l'empiétement sur le domaine législatif, le juge a fait valoir que même si les mots «qu'il n'établisse» ont été interprétés par la Cour comme imposant une charge ultime, ils englobent également le fardeau de présentation :

Aux termes de l'alinéa, tel qu'il est rédigé, l'accusé devrait non seulement avancer des éléments de preuve, mais également assumer la charge de non-persuasion. La réparation que je préconise a simplement pour effet de

66. [1984] 2 R.C.S. 145.

67. *Id.*, 169.

68. Les objectifs poursuivis par le législateur au moment de l'adoption de l'article 394(1)*b* du *Code criminel* étaient de prévenir le vol de minerai renfermant des métaux précieux et de faciliter la poursuite des contrevenants. R.c. *Laba*, précité, note 1, 1007.

supprimer cette dernière charge de l'alinéa. [...] Lorsque l'incompatibilité entre l'al. 394(1)*b*) et la *Charte* est décrite de manière conceptuelle, plutôt que simplement par rapport aux termes utilisés par le législateur, il appert que la réparation proposée ne comporte que l'annulation d'une partie de l'alinéa⁶⁹.

En somme, en utilisant son large pouvoir d'appréciation des objectifs législatifs de la disposition incompatible, la Cour a mis l'accent sur la réparation qui lui paraissait appropriée dans les circonstances, plutôt que sur la qualification de cette réparation. Mais, s'il est vrai qu'au plan conceptuel la réparation proposée ne comporte que l'annulation d'une partie de la disposition incompatible, au plan littéral elle comprend l'annulation *et le remplacement* d'une partie de cette même disposition. Les niveaux conceptuel et littéral de la loi sont, à notre avis, indissociables. En acceptant de les distinguer, comme le fait présentement la Cour suprême avec la «technique d'analyse conceptuelle», on donne aux tribunaux le pouvoir de refaire les lois. Cette dernière avait pourtant su renoncer à ce pouvoir dans l'arrêt *Schachter*, c'est-à-dire dans les cas d'interprétation large lorsqu'il s'agissait d'ajouter à la loi pour étendre son champ d'application.

Conclusion

Les règles générales d'intervention du juge dans l'oeuvre du législateur, qu'elles soient interprétatives ou rectificatives, ont été fixées il y a près de deux siècles. Contrairement aux règles interprétatives, celles relatives à la rectification de la loi paraissent avoir peu évolué. C'est toujours avec beaucoup d'hésitation et une extrême prudence que les juges interviennent pour modifier la formule de la loi.

Appliquées au droit constitutionnel, ces règles sont devenues plus souples et plus évolutives. En effet, la protection des valeurs fondamentales exprimées dans la *Charte* appelle une interprétation large et généreuse de ses principes. Nos tribunaux ont été guidés en ce domaine par l'approche des tribunaux américains dans l'interprétation de leur constitution et ils sont devenus plus interventionnistes. Malgré la réserve des cours de première et de deuxième

69. *R. c. Laba*, précité, note 1, 1015.

instance à intervenir dans le champ législatif, comme on le constate dans l'arrêt *Laba*⁷⁰, la Cour suprême a su élargir son rôle dans l'application des lois constitutionnelles, et notamment de la *Charte*, en développant des règles d'interprétation constitutionnelles particulières.

En réécrivant une partie de l'article 394(1)*b* du *Code criminel*, afin de le rendre conforme à l'article premier de la *Charte*, la Cour a tiré avantage des paramètres établis dans l'arrêt *Schachter*⁷¹ relativement au pouvoir d'intervention judiciaire. La «technique d'analyse conceptuelle» développée dans cet arrêt et appliquée depuis par la Cour suprême incite cette dernière à intervenir davantage dans l'oeuvre du législateur.

70. Précité, notes 1, 4 et 5.

71. Précité, note 17. Voir notamment la question de la détermination d'une incompatibilité de façon conceptuelle ou de la justification de l'empiétement sur le domaine législatif.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : COMPARAISON ENTRE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE ET
PUBLIQUE APPLIQUÉE DANS LE DOMAINE DE L'ENVIRONNEMENT
ET LA MÉDIATION PRIVÉE

Auteur(s) : Pierre RENAUD

Revue : RDUS, 1994-1995, volume 25, numéro 1-2

Pages : 345-358

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12917>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12917>

Page vide laissée intentionnellement.

**COMPARAISON ENTRE LA MÉDIATION
ADMINISTRATIVE ET PUBLIQUE APPLIQUÉE
DANS LE DOMAINE DE L'ENVIRONNEMENT ET
LA MÉDIATION PRIVÉE**

par Pierre RENAUD*

Cet article compare le modèle de médiation utilisé dans le secteur privé avec le modèle de médiation administrative et publique développé au Bureau d'audiences publiques sur l'environnement. Dans un premier temps, les similitudes entre les deux modèles sont identifiées, notamment au niveau du rôle du médiateur. Ensuite, les particularités de la médiation développée au BAPE distinctes du modèle de médiation privé sont soulignées, comme notamment la transparence du processus. Finalement, les différences sont commentées et éclairées avec la perspective des enjeux environnementaux. L'article conclut l'analyse à la fois par la mise en relief du contexte d'application de la médiation en environnement au BAPE et de la pertinence du modèle.

This article compares the mediation model used in the private sector with the administrative and public mediation model developed by the Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE). The writer first identifies points of similarity between the two models, particularly as regards the role of the mediator. The distinctive aspects of mediations occurring at the BAPE such as, for example, process transparency are then examined. In addition, the differences between the two models are discussed in light of the environmental concerns at stake. The conclusion of this analysis emphasizes - the contextual application of environmental mediation at the BAPE as well as its appropriateness.

1. M^e Pierre Renaud, avocat, commissaire au Bureau d'audiences publiques sur l'environnement. Chargé de cours à l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	347
A- Les similitudes entre la médiation privée et la médiation en environnement au BAPE	348
<i>Le rôle du médiateur</i>	348
<i>La négociation directe entre les parties</i>	349
<i>La nature volontaire du processus</i>	349
B- Les caractéristiques propres à la médiation en environnement au BAPE	349
<i>Les pouvoirs du médiateur</i>	350
<i>La participation obligatoire</i>	350
<i>La transparence des rencontres</i>	351
<i>La responsabilité du médiateur</i>	351
<i>Un processus formel</i>	352
C- Les enjeux des conflits environnementaux	353
<i>L'accessibilité du processus</i>	354
<i>Une prise de décision éclairée</i>	354
<i>La protection des intérêts publics</i>	355
CONCLUSION	355
Tableau 1 Principales similitudes et différences entre la médiation en environnement au BAPE et la médiation privée	357
Tableau 2 Les phases du processus de médiation développé au BAPE et leur contenu	358

INTRODUCTION

Dans le domaine du droit familial et du droit commercial, on assiste à une augmentation de la popularité de la médiation privée pour régler les divorces ou les conflits commerciaux¹. Pour sa part la médiation dans les conflits publics, comme les litiges entourant les projets ayant des impacts sur l'environnement ou encore les politiques gouvernementales, est un phénomène relativement nouveau au Québec et au Canada². En fait, le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) a développé récemment le premier processus de médiation administratif et public au Québec. Il s'agit d'un processus de médiation en environnement qui permet d'offrir aux parties en conflits, c'est-à-dire le promoteur et tous les intervenants ayant fait parvenir une lettre au Ministre contestant le projet³, un forum où elles peuvent négocier entre elles une solution acceptable⁴.

La nature publique de ce processus de médiation contraste avec la nature privée de la médiation utilisée dans les domaines plus traditionnels. En effet, la nature des enjeux lors d'un conflit public suppose que le moyen utilisé pour consulter la population et régler un différend respecte le principe de transparence. La population a en effet le droit d'avoir accès à toutes les

-
1. À titre d'exemple, le gouvernement du Québec a mis en vigueur une partie de la *Loi modifiant le code de procédure civile concernant la médiation familiale*, L.Q. 1993, chap. 1. Cette Loi prévoit notamment que le tribunal peut, à tout moment de l'instruction d'une demande contestée, prononcer des ordonnances pour ajourner l'instruction de la demande pour une période déterminée, et référer les parties au service de médiation ou à un médiateur de leur choix.
 2. La situation est quelque peu différente aux États-Unis où la médiation occupe une place de plus en plus prépondérante dans l'administration fédérale. À titre d'exemple, le *National Performance Review Task Force*, présidé par le vice-président américain Al Gore, a recommandé aux organismes fédéraux de recourir aux techniques de règlement des conflits pour augmenter leur efficacité. Voir National Institute For Dispute Resolution, «Gore Task Force Recommends DR», NIDR News, 1993, 1(1), p. 1.
 3. Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q. c. Q-2, art. 31.3.
 4. Ce processus de médiation en environnement est décrit en détail dans un document publié et distribué gratuitement par le BAPE : *La médiation en environnement: une nouvelle approche au BAPE*, Québec, BAPE, coll. *Nouvelles Pistes*, 1994, 65 pages; pour plus d'informations quant à l'application du processus de médiation à l'intérieur des étapes de cheminement d'un projet, voir l'article suivant : Pierre Renaud, *L'expérience québécoise de participation publique en matière environnementale*, publié dans la revue *Écodécision*, #14, automne 1994, Montréal, Société royale du Canada, pp. 74-78.

informations pertinentes sur les dossiers qui la concernent. Cette considération diffère de la médiation privée où les conversations entre les parties sont confidentielles. Le caractère public de ce type de médiation lui confère ainsi des dispositions particulières qui diffèrent de la médiation privée, même si les deux processus présentent des similitudes.

Dans cet article, nous comparons ces deux processus de médiation afin de mieux circonscrire les spécificités de la médiation administrative et publique en matière d'environnement développée au sein du BAPE. La comparaison s'attardera d'abord sur leurs similitudes et les principes de base qu'ils partagent, pour ensuite en souligner les différences afin de mettre en relief le caractère unique de la médiation en environnement. Finalement, la spécificité de la médiation au BAPE sera analysée dans le contexte global des conflits publics.

A- Les similitudes entre la médiation privée et la médiation en environnement au BAPE

La médiation en environnement et la médiation privée présentent des caractéristiques communes qui concernent notamment le rôle du médiateur, la possibilité de négociation directe entre les parties et la nature volontaire des ententes. Le tableau 1 en annexe met en parallèle les caractéristiques de ces deux types de médiation.

Le rôle du médiateur

Le médiateur, comme tiers neutre, doit chercher à faciliter les négociations entre les parties. À ce titre, le médiateur privé comme le médiateur en environnement doivent afficher une parfaite impartialité. En effet, qui voudrait participer à un processus de négociation avec un intermédiaire biaisé en faveur de l'autre partie ? La neutralité du médiateur qui, rappelons-le, n'a pas de pouvoir décisionnel dans les deux cas, s'avère donc une composante fondamentale de son intervention.

La négociation directe entre les parties

L'absence de pouvoir décisionnel limite ainsi le rôle du médiateur à faciliter les négociations entre les parties. Dans les deux types de médiation, les parties assument la responsabilité de trouver leurs propres solutions durant le processus. Cette situation est donc différente des tribunaux où un tiers décideur détermine l'issue du conflit pour les parties ou encore de l'audience publique en environnement où la commission soumet son avis au Ministre qui, par la suite, fait une recommandation au gouvernement qui prendra la décision finale⁵. Avec le processus de médiation, les parties ont donc le pouvoir de façonner les solutions qui leur conviennent puisqu'elles participent activement dans le processus de prise de décision.

La nature volontaire du processus

Dans les deux types de médiation, l'entente entre les parties se formule sur une base volontaire. Comme dans la médiation privée, les parties à une médiation en environnement n'acceptent une solution que si elles la jugent appropriée. La solution retenue doit donc être acceptable pour toutes les parties. Dans le cas contraire au moins l'une des parties refusera l'entente, ce qui fera échouer la médiation ou la fera déboucher sur une entente partielle. La force de la médiation réside dans le fait que le seul moyen de formuler une entente viable, c'est de procéder par consensus.

B- Les caractéristiques propres à la médiation en environnement au BAPE

Malgré les similitudes qu'elle entretient avec la médiation privée, la médiation en environnement développée au BAPE présente plusieurs caractéristiques particulières qui la distinguent de la première. Les principales distinctions visent notamment le pouvoir du médiateur, la participation obligatoire des parties, la transparence des rencontres, les responsabilités du médiateur ainsi que la formalité du processus. Toutes ces particularités déterminent l'impact de la médiation au BAPE.

5. *Loi sur la qualité de l'environnement, supra*, note 3, art. 31.5.

Les pouvoirs du médiateur

Les médiateurs au BAPE ont beaucoup plus de pouvoirs que ceux dévolus aux médiateurs privés. En effet, les médiateurs au BAPE sont des commissaires et disposent ainsi des mêmes pouvoirs que les commissaires nommés en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête*⁶. Par exemple, un commissaire peut obliger les parties à fournir des informations nécessaires à la compréhension de la problématique ou à la validation d'une solution. Ces pouvoirs sont absents chez le médiateur privé qui, généralement, doit se contenter de la bonne foi des parties. Malgré l'étendue de ces pouvoirs, le médiateur au BAPE ne peut prendre une décision pour les parties qui demeurent libres d'accepter ou non les solutions élaborées durant les négociations.

La participation obligatoire

Tout en conservant l'autonomie de décision des parties, le processus du BAPE est plus encadrant que celui de la médiation privée. Le processus de médiation en environnement débute avec une décision du Ministre⁷ et la participation aux deux premières phases de la médiation est obligatoire pour les parties, même si la signature d'une entente demeure volontaire. La décision du Ministre découle d'une analyse de la situation. De plus, si elles le désirent, les parties peuvent demander au Ministre de tenir une médiation en lieu et place d'une audience publique. En outre, le BAPE assume lui-même les coûts de la médiation en environnement. Cette situation contraste avec la médiation privée où le processus s'amorce à la suite de l'instigation des parties qui paient elles-mêmes les honoraires du médiateur⁸.

6. L.R.Q., c. C-37 ; voir également la *Loi sur la qualité de l'environnement*, *supra*, note 3, article 6.5.

7. *Loi sur la qualité de l'environnement*, *supra*, note 3, article 6.3.

8. Un service de médiation équivalant à celui offert par le BAPE coûterait plus de 15 000 \$ aux parties en médiation privée. (Ce qui équivaut aux frais du médiateur, d'un analyste, d'un agent de communication, de la sténotypie, de l'édition et de la diffusion d'un rapport public, des envois postaux et d'un expert, s'il y a lieu.)

La transparence des rencontres

Une autre caractéristique de la médiation en environnement au BAPE est la transparence des rencontres. Cette dimension diffère de l'aspect confidentiel qui caractérise la médiation privée. Par exemple, au BAPE, les rencontres entre les parties sont prises en sténotypie et les transcriptions sont disponibles pour consultation publique. L'utilisation des transcriptions assure la transparence du processus de médiation.

De plus, l'entente entre les parties fait l'objet d'un rapport public distribué gratuitement à tous les citoyens ou organismes intéressés⁹. En procédant ainsi, le BAPE permet à toutes les personnes concernées qui ne participent pas nécessairement aux négociations d'analyser le déroulement et la conclusion de la médiation. Malgré le nombre restreint de participants autour de la table de négociation¹⁰, le processus de médiation en environnement au BAPE demeure donc un processus transparent.

La responsabilité du médiateur

Les médiateurs dans un conflit en environnement sont nommés par le BAPE lui-même. Ils sont sélectionnés pour leur impartialité et leur compétence. Afin de protéger l'intérêt public, les médiateurs au BAPE ont le devoir moral de vérifier l'acceptabilité environnementale et sociale des solutions proposées¹¹. Cette responsabilité se traduit concrètement par la protection des droits des tiers non présents aux négociations et par le respect des lois environnementales. Toute entente qui contrevient à cette vision sociale ne peut être acceptée par le commissaire. De plus, les médiateurs au BAPE doivent respecter le Code de

9. *Loi sur la qualité de l'environnement*, *supra*, note 3, article 6.7.

10. Les cas de médiation au BAPE se limitent généralement à trois ou quatre parties. Il existe cependant des cas aux États-Unis où ont participé près de 110 groupes de citoyens. À ce sujet, voir B. MULDOON, «Maryland Reaches Accord on Solid Waste Issues», *Consensus*, vol. 18, 1993, pp. 1-2.

11. Pour plus d'information à propos de la notion de responsabilité chez le médiateur de conflits environnementaux, voir L. SUSSKIND, «Environmental Mediation and the Accountability Problem», (1981) 6(1) *Vermont Law Review*, pp. 7-8.

déontologie des membres du BAPE¹² qui assure aux parties une intervention impartiale.

Les responsabilités des médiateurs au BAPE diffèrent grandement de celles des médiateurs privés qui n'ont généralement aucune obligation. Il faut cependant mentionner que le médiateur privé suggère généralement aux parties de consulter un avocat afin de vérifier, avant de la signer, si l'entente ne leur cause pas préjudice. En outre, les médiateurs privés ne sont pas nécessairement soumis à un code de conduite¹³.

Un processus formel

La médiation au BAPE est un processus formel, contrairement à la médiation privée qui adopte une formule variable d'un cas à l'autre et, surtout, d'un médiateur à l'autre. La médiation au BAPE comprend trois phases : la phase informative, la phase de l'enquête et du consentement, et la phase de médiation proprement dite. Pour chaque dossier de médiation, le médiateur utilise le même processus, ce qui assure l'équité dans le traitement des dossiers. Le tableau 2 en annexe résume le contenu des différentes phases de la médiation au BAPE.

Durant la phase informative, le médiateur identifie les parties concernées par la médiation et leur explique le fonctionnement du BAPE, le mandat et le processus de médiation. C'est au cours de cette phase que les parties doivent décider du moment où les transcriptions seront accessibles au public. De plus, le médiateur avertit les parties de sa responsabilité de protéger les droits des tiers ainsi que l'environnement.

12. Il s'agit des dispositions générales du code de déontologie (comportement, indépendance et devoir de réserve). Des dispositions particulières pour la médiation sont présentement à l'étude.

13. Il existe cependant au Québec certaines associations de médiateurs privés, comme l'Association de médiation familiale du Québec, qui possèdent un code de déontologie pour leurs membres. Aux États-Unis, on trouve des associations qui regroupent des médiateurs dans toutes les disciplines, comme *The Society of Professionals in Dispute Resolution*, qui ont développé des codes de déontologie généraux pour la médiation. Cependant, il n'y a pas encore d'équivalent au Québec.

La deuxième phase, la phase de l'enquête et du consentement, se divise en deux étapes. Dans un premier temps, le médiateur rassemble toutes les informations pertinentes à la compréhension de la problématique et du conflit. Cette période d'enquête constitue la partie obligatoire du processus de médiation au BAPE¹⁴. C'est à la deuxième étape de cette phase que le médiateur demande aux parties leur consentement pour entamer la phase suivante, soit celle de la médiation. Les parties ont donc, à ce moment, le pouvoir de refuser de poursuivre la médiation.

Durant la phase de médiation, les parties explorent différentes solutions par le biais de rencontres conjointes au cours desquelles elles négocient et discutent divers moyens pour résoudre la problématique et formuler les modalités d'une entente. Au BAPE, une entente est formalisée lorsque le promoteur s'engage, par une lettre adressée au Ministre, à modifier son projet et lorsque les parties retirent leur demande d'audience publique¹⁵.

C- Les enjeux des conflits environnementaux

Les particularités de la médiation en environnement découlent de la nature même des enjeux en cause. En effet, les résultats d'une médiation en environnement auront généralement un impact sur l'ensemble d'une communauté et sur les générations futures (par exemple, l'implantation d'un dépôt de matériaux secs¹⁶). La médiation d'un conflit familial, au contraire, n'aura pas un tel impact sur la communauté. Le processus de médiation au BAPE a donc inclus des caractéristiques spécifiques qui assurent l'accessibilité du processus, la prise de décision éclairée sur les aspects de la problématique, la protection de l'environnement et des intérêts des communautés.

14. *Loi sur la qualité de l'environnement*, *supra*, note 3, article 6.3.

15. Tout au long du processus et advenant l'échec des négociations, les parties conservent leur droit de maintenir leur demande d'audience publique, selon l'interprétation des dispositions de la *Loi sur la qualité de l'environnement* actuellement en vigueur.

16. Pour Lawrence Susskind, *loc. cit.*, note 11, une entente négociée qui ne tient pas compte des intérêts de personnes non impliquées dans les négociations peut éventuellement nuire à la santé publique ou encore risque de créer un précédent dangereux qui peut être potentiellement dommageable pour les générations futures.

L'accessibilité du processus

La première étape dans le cheminement d'un projet au BAPE consiste en une période d'information au cours de laquelle le projet est présenté et expliqué à la population. Après ces périodes d'information ouvertes au grand public, les citoyens ont la possibilité de contester la validité d'un projet. Le Ministre peut alors demander au BAPE de tenir une enquête et une médiation. Comme le BAPE assume les coûts de la médiation, il permet à toutes les parties intéressées de pouvoir s'engager dans les négociations. Personne n'est exclu pour des raisons monétaires. Cette situation contraste avec la médiation privée où les parties doivent elles-mêmes payer les frais de la médiation. Le processus de médiation au BAPE est donc accessible à toutes les parties et pour tous les projets assujettis à la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹⁷.

Une prise de décision éclairée

À cause de leurs conséquences, il est indispensable que les décisions concernant l'issue d'un conflit soient prises à la lumière de toutes les informations disponibles¹⁸. Le médiateur peut, grâce à ses pouvoirs étendus, obliger une partie à fournir une information ou encore ordonner une étude complémentaire s'il le juge approprié. Parmi les sources d'information possibles on trouve, entre autres, les témoignages et avis d'experts, les conclusions d'études précédentes ou encore le renvoi à un cas similaire. Les médiateurs au BAPE peuvent donc recueillir toutes les informations pertinentes à la compréhension d'une problématique.

Par exemple, dans un dossier de médiation sur un projet de réaménagement des accès à une autoroute à Lévis, le médiateur a demandé au promoteur de fournir une information complète sur l'application d'un règlement concernant la

17. Voir le *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*, R.R.Q., c. Q-2, r. 9, art. 2.

18. Selon Susskind, pour qu'une entente négociée soit sage, il est important que les possibilités d'avoir commis une erreur soient minimisées. Voir L. SUSSKIND et J. CRUIKSHANK, «*Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Dispute*», New York, Basic Books, 1987, 276 pages.

construction, la modification et l'entretien des passages à niveau¹⁹. Cette information supplémentaire a permis de vérifier la sécurité du projet.

La protection des intérêts publics

Finalement, l'accessibilité des transcriptions des rencontres et la diffusion du rapport du commissaire assurent au processus de médiation une transparence des plus bénéfiques. De plus, la publication de l'entente, insérée dans le rapport, évite toute possibilité qu'un promoteur peu scrupuleux «achète» un opposant à un projet au détriment de la communauté. La population ayant accès à l'entente conclue, peut en effet évaluer son équité et la contester auprès du Ministre si elle cause préjudice aux tiers et à l'environnement.

Prenons l'exemple d'une médiation au cours de laquelle les parties conviennent de déplacer le tracé d'une autoroute. Cette modification au projet initial occasionne des impacts supplémentaires à un citoyen qui voit l'autoroute se rapprocher de sa maison. Dans une telle situation, le médiateur au BAPE a le devoir moral de consulter ce tiers et de l'intégrer aux négociations. Dans le cas où le médiateur manquerait à son devoir, le citoyen pourrait néanmoins, après lecture du rapport de médiation, faire valoir auprès du Ministre le préjudice que lui cause cette entente. La politique de transparence et la vision sociale des médiateurs au BAPE représentent une double garantie que les intérêts de la communauté touchée par un projet seront respectés.

CONCLUSION

Au-delà des spécificités de la médiation en environnement, on peut se demander si le processus développé au BAPE est aussi efficace que la médiation privée. Dans le domaine environnemental, l'efficacité d'un mécanisme de gestion des conflits ne peut toutefois se limiter à mesurer le succès ou l'échec des négociations. Une entente satisfaisante doit respecter les intérêts d'une communauté, s'assurer que l'environnement n'est pas menacé et permettre aux parties de formuler la meilleure solution possible.

19. BAPE. *Prolongement de la côte du Passage à Lévis et réaménagement des accès à l'autoroute Jean-Lesage*, Rapport d'enquête et de médiation n° 74, p. 25.

Comme nous l'avons vu précédemment, la transparence de la médiation au BAPE et les pouvoirs d'enquête du médiateur permettent l'atteinte de ces objectifs. De plus, l'objet d'une entente, lorsqu'elle est acceptée par le gouvernement, sera le sujet d'un décret gouvernemental²⁰. L'entente a donc «force de loi» pour la réalisation d'un projet. Le cadre de médiation en environnement développé au BAPE permet ainsi de régler les conflits à l'intérieur d'un forum à la fois acceptable et efficace. Jusqu'à présent les solutions proposées par les parties ont toujours été acceptées par le Ministre et le gouvernement.

Le processus ayant cours au BAPE n'est pas le seul modèle possible de médiation administrative et publique. Il faut comprendre que la médiation au BAPE puise ses racines dans l'expérience de la participation publique. Le processus respecte donc la culture organisationnelle du BAPE, et répond à la fois à l'art de la médiation et à la mission de cet organisme public.

D'autres processus de médiation publique pourraient présenter des caractéristiques différentes. Cependant, ces processus devraient tenir compte d'un certain niveau de transparence, de pouvoirs spéciaux pour le médiateur et de la protection de l'intérêt public. De plus, un processus utilisé au niveau gouvernemental nécessitera un certain degré de formalisme administratif s'il veut offrir un forum de discussion permanent et uniforme. À cet égard, le processus de médiation en environnement développé au BAPE peut s'appliquer à la médiation publique en général et, par le fait même, il en constitue, à notre avis, un excellent modèle.

20. *Loi sur la qualité de l'environnement*, *supra*, note 3, article 31.5.

Tableau 1 Principales similitudes et différences entre la médiation en environnement au BAPE et la médiation privée

CARACTÉRISTIQUES	MÉDIATION PRIVÉE	MÉDIATION AU BAPE
Participation des parties	Sur une base volontaire	Obligatoire (début)
Rôle du médiateur	Intermédiaire neutre	Intermédiaire neutre
Pouvoir du médiateur	Aucun	Pouvoir de commissaire
Interaction entre les parties	Négociation directe	Négociation directe
Processus de médiation	Formule ad hoc	Processus formel en trois phases spécifiques
Transparence des rencontres	Contenu confidentiel	Transcriptions des rencontres accessibles au public
Prise de décision	Sur une base volontaire	Sur une base volontaire
Responsabilité du médiateur	Aucune (sauf si code de déontologie applicable)	Protection des droits des tiers, de l'environnement et respect du code de déontologie du BAPE
Contenu de l'entente	Confidentiel	Inclus dans un rapport public
Coût de la médiation	Assumé par les parties	Assumé par le BAPE

Tableau 2 Les phases du processus de médiation développé au BAPE et leur contenu

PHASE INFORMATIVE	PHASE DE L'ENQUÊTE ET DU CONSENTEMENT	PHASE DE LA MÉDIATION
Expliquer le fonctionnement du BAPE et de la commission.	Rechercher les faits.	Rechercher les solutions.
Décrire le mandat et la procédure.	Vérifier si les données disponibles sont suffisantes pour la compréhension du dossier.	Formuler des hypothèses et des suggestions.
Présenter le déroulement de la médiation.	Identifier les questions en conflit, la problématique et les enjeux.	Créer des options.
Identifier les parties concernées par la médiation.	Rechercher le pourquoi des prises de position.	Favoriser le dialogue à la négociation et à la prise de décision sectorielle.
Expliquer la culture corporative du BAPE.	S'assurer de la non-remise en cause de la justification du projet.	Identifier les terrains d'entente.
Responsabiliser les parties quant au choix de l'accessibilité des transcriptions durant le processus.	Établir les sources objectives d'information supplémentaire.	Clarifier et proposer une entente globale.
Avertir les parties du devoir moral du médiateur de protéger les droits des tiers et de l'environnement.	Obtenir le consentement des parties.	Vérifier l'acceptabilité sociale et environnementale des solutions proposées. Obtenir les engagements du promoteur et le retrait des demandes d'audience publique des requérants.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'UTILISATION DES PARTIES DU CORPS HUMAIN POUR FINS DE RECHERCHE : L'ARTICLE 22 DU CODE CIVIL DU QUÉBEC

Auteur(s) : Robert P. KOURI, Suzanne PHILIPS-NOOTENS

Revue : RDUS, 1994-1995, volume 25, numéro 1-2

Pages : 359-396

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12919>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12919>

Page vide laissée intentionnellement.

**L'UTILISATION DES PARTIES DU CORPS HUMAIN
POUR FINS DE RECHERCHE :
L'ARTICLE 22 DU CODE CIVIL DU QUÉBEC***

par Robert P. KOURI**
Suzanne PHILIPS-NOOTENS***

Les auteurs analysent l'article 22 du Code civil du Québec concernant l'utilisation des parties du corps humain aux fins de recherche médicale. Ils décrivent les conditions auxquelles cette recherche est soumise par le législateur ainsi que les sanctions possibles en cas de non-respect de ces conditions. Ils soulignent les dangers que pourrait entraîner la recherche, génétique particulièrement, pour le droit du patient à la vie privée.

In this paper, the writers analyze article 22 of the Civil Code of Quebec which deals with the use of body parts for purposes of medical research. They describe the conditions under which such research may legally be undertaken and the sanctions which may be incurred when these conditions are not met. Particular emphasis is placed on the use of body parts in genetic research and the risks that research of this nature may entail with regards to the patient's right to privacy.

-
1. Ce texte a été soumis pour publication le 24 novembre 1995.
 2. Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
 3. Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	361
I- LE CADRE DE L'ARTICLE 22 C.C.Q. ET LES OBJECTIFS POURSUIVIS PAR LE LÉGISLATEUR	365
A. Le cadre de l'article 22 C.c.Q.	365
1. Le prélèvement de parties du corps dans le cadre de soins prodigués	366
2. Le consentement	367
B. Les objectifs poursuivis par le législateur et la cession des parties du corps	372
1. Le respect de l'autonomie, de la dignité et de l'intimité de la personne	373
2. La cession implicite des parties du corps	375
II- LA CONTRAVENTION AUX DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 22 C.c.Q.	378
A. La cessation de l'usage non autorisé des parties du corps	378
1. Le droit au suivi	379
2. L'injonction	380
B. La suppression des données obtenues par l'usage non autorisé des produits	382
1. L'accès aux données de recherche	383
2. La suppression des données de recherche	385
C. Le recours en dommages	387
1. Les recours pour atteinte à l'autonomie et à la vie privée de la personne	388
2. Les dommages exemplaires	391
III- LE DROIT TRANSITOIRE	392
CONCLUSION	395

INTRODUCTION

Les nouvelles dispositions du Code civil du Québec concernant l'intégrité de la personne, au lieu de rassurer les professionnels et les gestionnaires du réseau de la santé, peuvent être une source de tracas à cause des incertitudes entourant leur application. L'autre aspect perturbateur résultant de l'adoption du nouveau Code se rapporte à certaines habitudes ou usages observés depuis fort longtemps dans les milieux médicaux et qui deviennent, du jour au lendemain, des pratiques à proscrire. Il en est ainsi de l'article 22 C.c.Q., qui soulève un certain nombre de difficultés pour les scientifiques, particulièrement ceux poursuivant des recherches épidémiologiques dans le domaine de la séropositivité et du SIDA, ou encore de la génétique, par exemple. À cause de l'ignorance ou des préjugés entourant leur situation, les séropositifs et les sidéens font souvent l'objet de pratiques discriminatoires¹. Ils entretiennent donc une grande méfiance quant à l'utilisation de leur sang pour des fins de recherche, craignant que leur droit au secret professionnel ne soit compromis. Notre commentaire vise entre autres à vérifier si ces inquiétudes sont bien fondées.

L'article 22 C.c.Q. énonce le principe que :

«Une partie du corps, qu'il s'agisse d'organes, de tissus ou d'autres substances, prélevée sur une personne dans le cadre de soins qui lui sont prodigués, peut être utilisée aux fins de recherche, avec le consentement de la personne concernée ou de celle habilitée à consentir pour elle.»

Malheureusement, les commentaires du Ministre de la justice accompagnant le Code civil ne nous renseignent pas davantage sur les paramètres de cette disposition. En effet, après avoir affirmé que l'article 22 est de droit nouveau et qu'il sert à permettre l'avancement de la science médicale et l'amélioration des soins, le Ministre ajoute tout simplement qu'il «... est

1. V.g. *Hamel c. Malaxos*, [1994] R.J.Q. 173 (C.Q.); *Commission des droits de la personne du Québec et G.G.*, [1995] R.J.Q. 1601, J.E. 95 - 985 (T.D.P.).

essentiel, toutefois, de s'assurer que la poursuite de cet objectif se fasse dans le respect des droits des personnes concernées, ...»².

C'est sans doute en vue de mieux assurer la protection des droits de la personne que l'article 22 C.c.Q., avant son adoption, a fait l'objet d'un remaniement. Lors du dépôt de la version finale de cet article, le législateur avait apporté un changement important à la philosophie prônée par le projet de Code civil³, qui consacrait le principe de l'approbation présumée du patient à toute démarche de recherche en affirmant que les parties du corps prélevées sur la personne dans le cadre de soins qui lui étaient prodigués pouvaient être utilisées aux fins de recherche «... sauf lorsque la personne concernée ou celle habilitée à consentir pour elle s'y oppose.» Mais pour rendre ces dispositions conformes au principe de la liberté et de la dignité de la personne, le législateur a remplacé le principe de l'«*opting out*» par celui de l'«*opting in*», c'est-à-dire qu'au lieu de présumer l'acquiescement de la personne, on doit exiger son consentement éclairé⁴. Ainsi a-t-on alourdi la tâche des chercheurs.

D'où origine le principe consacré par l'article 22 C.c.Q.? Dans ses Commentaires, le Ministre de la justice ne fait allusion à aucune source. Nous pouvons exclure l'influence de l'Office de révision du Code civil (ORCC) car dans son *Projet de Code civil* ainsi que dans les commentaires l'accompagnant, l'ORCC n'a pas traité de cette question. Nous pouvons également écarter d'emblée la législation française comme source de cette disposition car le législateur français n'a adopté les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 *Relative au respect du corps humain*⁵ et *Relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*⁶ qu'après l'adoption du Code civil du Québec. Qui plus est, il n'y a aucune disposition analogue à l'article 22 C.c.Q. dans la législation française. Par contre, l'arrêt américain *Moore v. Regents of the*

2. Commentaires du ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, t. 1, p. 22.

3. Projet de loi 125, 1^{re} session, 34^e législature 1990.

4. E. DELEURY, «La personne en son corps : l'éclatement du sujet», (1991) 70 R. du B.Can. 448, p. 471.

5. D.S. 1994, p. 406.

6. *Ibid.*, p. 409.

*University of California*⁷, qui a été remarqué par la doctrine⁸, semble avoir joué un rôle prépondérant, comme le confirme la lecture des décisions rendues par les différentes instances dans cette affaire.

Les circonstances factuelles inusitées entourant *Moore* sont relativement simples. En 1976, on diagnostique chez John Moore une forme de leucémie extrêmement rare. On le réfère au docteur Golde, spécialiste en oncologie et affilié au Centre Hospitalier de l'Université de Californie à Los Angeles. Parmi les moyens thérapeutiques proposés pour arrêter le cours de la maladie, le docteur Golde lui conseille l'ablation de la rate. Avant l'intervention, cependant, le médecin fait des démarches auprès du patient pour pouvoir conserver une partie de la rate afin de poursuivre ses recherches. Les traitements prodigués procurent à Moore une nette amélioration.

Par la suite, celui-ci est examiné à plusieurs reprises par le docteur Golde qui, à chaque occasion, obtient des prélèvements de sang, de peau, de moelle osseuse et de sperme. Pendant ce temps, et dans le cadre de ses travaux de recherche, le médecin et son équipe développent, à partir des cellules prélevées, une lignée cellulaire pour laquelle Golde et son associé se font accorder un brevet qu'ils cèdent à l'Université de Californie. Suite à une entente avec deux sociétés spécialisées en biotechnologie, tous réalisent des bénéfices

7. 249 Cal. Rptr 495 (1988, Court of Appeal); 271 Cal. Rptr 146 (1990, California Supreme Court); permission d'appeler à la Cour suprême des États-Unies refusée, 111 S. Ct. 1388; 499 U.S. 936.

8. Voir par exemple, Commission de Réforme du Droit du Canada, *Prélèvement et utilisation médicale de tissus et d'organes humains*, Document de travail n° 66, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1992, pp. 85 et suivants; R. MARUSYK, M. SWAIN, «A Question of Property Rights in the Human Body», (1989) 21 Ottawa L.R. 351; Michelle BRAY, «Personalizing Personality : Toward a Property Right in Human Bodies», (1990) 69 Texas L.R. 209; Hannah HORSLEY, «Note - Reconsidering Inalienability for Commercially Valuable Biological Materials», (1992) 29 Harvard J. On Legislation 223; Anne CORRIGAN, «A Paper Tiger : Lawsuits Against Doctors For Non-Disclosure of Economic Interests in Patient's Cells, Tissues and Organs», (1992) 42 Case Western Reserve L.R. 565; Helen BERGMAN, «Case Comment : Moore v. Regents of the University of California», (1992) 18 American Journal of Law & Medicine 127; B. DICKENS, «Living Tissue, Organ Donors, and Property Law : More on Moore», (1992) 8 J. Contemp. Health Law & Policy 73; W. BOULIER, «Sperm, Spleens, and Other Valuables : The Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts», (1995) 23 Hofstra L.R. 693, pp. 701 *et seq.*

économiques considérables. Lorsqu'il se rend compte des enjeux commerciaux résultant de l'exploitation de sa lignée cellulaire, Moore entame une poursuite afin de se faire indemniser.

En première instance, bien que plusieurs moyens soient invoqués, il insiste particulièrement sur le délit d'appropriation illicite (*tort of conversion*)⁹. Les défendeurs lui opposent des fins de non-recevoir (*demurrers*) basées sur l'insuffisance des allégués pour soutenir les recours intentés. Ces fins de non-recevoir sont accueillies par la Cour supérieure. Moore en appelle de la décision, prétendant que les faits allégués sont suffisants pour faire valoir une action pour appropriation illicite.

La Cour d'appel de Californie renverse la décision de première instance et reconnaît chez tout individu, un genre de droit de propriété («*a property interest*») ayant pour objet les tissus prélevés sur son corps, droit susceptible de fonder une action pour appropriation illicite.

Sur appel, la Cour suprême de la Californie ne tarde pas à écarter la pertinence de la notion de propriété pour caractériser les droits de l'individu sur les parties de son corps, préférant les qualifier d'objets *sui generis*¹⁰. Le tribunal affirme que l'obtention d'un brevet suite au développement de la lignée cellulaire prouve que c'est essentiellement l'ingéniosité de Golde et de son collaborateur, et non le rôle passif de Moore en tant que «fournisseur» de certaines cellules, qui constitue l'apport primordial. Ce brevet établit que la lignée cellulaire est une chose nouvelle et distincte¹¹ à l'égard de laquelle Moore n'a aucun droit. Par contre, la Cour reconnaît que le docteur Golde a violé son devoir de renseigner Moore avant l'opération sur ses intérêts scientifiques et économiques à l'utilisation des cellules de la rate. Selon le juge Panelli,

9. Selon la décision en Cour d'appel (*supra*, note 7, p. 498), Moore avait invoqué «lack of informed consent, breach of fiduciary duty, fraud and deceit, unjust enrichment, quasi-contract, breach of implied covenant of good faith and fair dealing, intentional affliction of emotional distress, negligent misrepresentation, interference with prospective advantageous economic relationships, slander of title, accounting and declaratory relief».

10. *Supra*, note 7, p. 156.

11. *Ibid.*, p. 159.

«The possibility that an interest extraneous to the patient's health has affected the physician's judgment is something that a reasonable patient would want to know in deciding whether to consent to a proposed course of treatment. It is material to the patient's decision and thus, a prerequisite to informed consent.

... [T]he physician's extraneous motivation may affect his judgment and is, thus, material to the patient's consent.»¹²

Même si l'intervention avait un but essentiellement thérapeutique pour Moore, ceci ne pouvait occulter le fait que le médecin avait des intérêts distincts de ceux du patient et qu'il y avait donc un conflit d'intérêt potentiel¹³.

C'est sans doute en vue d'éliminer ce genre de conflit que le législateur québécois a voulu réglementer l'exploitation des parties du corps humain dans un but de recherche.

Afin de comprendre la portée de l'article 22 C.c.Q., nous nous proposons d'examiner en premier lieu les conditions d'application de cette disposition et les objectifs poursuivis par le législateur, ensuite les sanctions en cas de violation de cet article, et enfin le droit transitoire applicable.

I- LE CADRE DE L'ARTICLE 22 C.C.Q. ET LES OBJECTIFS POURSUIVIS PAR LE LÉGISLATEUR

A. Le cadre de l'article 22 C.c.Q.

L'article 22 C.c.Q. énonce un certain nombre de conditions à respecter pour valider la recherche sur les tissus ou produits humains.

12. *Ibid.*, p. 151.

13. *Ibid.*, p. 153.

1. Le prélèvement de parties du corps dans le cadre de soins prodigués

D'abord, il doit s'agir d'une partie du corps et, selon le législateur, cette expression est suffisamment large pour comprendre les organes, les tissus ou les «autres substances» humains. Ainsi, conformément au libellé de l'article, seraient considérés comme des parties du corps le sang, l'urine, la salive, les selles¹⁴, le placenta, le sperme¹⁵, les ovules, etc.¹⁶. On pourrait aussi y inclure les débris embryonnaires ou fœtaux résultant d'un avortement spontané ou provoqué, d'autant plus que la Cour suprême dans *Daigle c. Tremblay*¹⁷ a refusé de reconnaître au fœtus la personnalité¹⁸. Notons également que par cet article, le législateur ne vise que les parties du corps prélevées sur la personne dans le cadre de soins qui lui sont prodigués¹⁹. La nuance est importante car de toute évidence, l'article 22 C.c.Q. ne s'intéresse pas aux actes ayant pour finalité l'aliénation des parties du corps en vue d'une transplantation ou autre activité médicale. Il s'applique aux sous-produits résultant de l'administration des soins, c'est-à-dire d'actes ayant une finalité centrée sur le patient. Le Code n'apporte aucune distinction entre les soins thérapeutiques et les soins non-thérapeutiques, ou pour reprendre les termes mêmes du législateur, entre les soins requis et les

14. En droit américain voir *Venner v. State*, 354 A. 2d 483 (Md, 1974), 367 A. 2d 949 (1977), permission d'appeler à la Cour suprême refusée, 431 U.S. 932 (1977).

15. En droit américain voir *Hecht v. Superior Court*, 20 Cal. Rptr 2d 275 (Court of Appeal, 1993), permission d'appeler à la Cour suprême refusée le 2 septembre 1993; Voir également Jennifer LONG COLLINS, «*Hecht v. Superior Court : Recognizing a Property Right in Reproductive Material*», (1995) 33 U. of Louisville J. of Family Law 661.

16. Une auteure qualifie certaines de ces choses de «déchets hospitaliers», cf Marie-Angèle HERMITTE, «Le corps hors du commerce, hors du marché», (1988) 33 Arch. Phil. Droit 323, p. 338.

17. [1989] 2 R.C.S. 530.

18. Robert P. KOURI, «The Law Governing Human Experimentation in Québec», (1991) 22 R.D.U.S. 77, p. 105; E. DELEURY, *supra* note 4, p. 457; Suzanne PHILIPS-NOOTENS, «Être ou ne pas être...une personne juridique : variations sur le thème de l'enfant conçu», dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, p. 197; E. DELEURY et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1994, p. 16, n° 10.

19. Dans ses commentaires, (*supra*, note 2, p. 23), le Ministre de la justice insiste sur ce point lorsqu'il affirme que le consentement des personnes concernées ou celui de leur représentant est requis, «... et, surtout, les prélèvements doivent être faits dans le cadre de soins qui leur sont prodigués».

soins non requis par l'état de santé du patient. Par contre, lorsque l'aliénation ou le prélèvement s'effectue essentiellement dans un but altruiste, la légalité de ces actes relève plutôt de l'article 19 C.c.Q.

En second lieu, l'article ne vise que la *recherche* portant sur les parties du corps prélevées lors des soins. Aucune allusion n'y est faite quant à la propriété et à l'aliénation de ces produits corporels²⁰. En réalité cependant, il est difficile de dissocier ces deux éléments. Comment envisager l'utilisation des «débris» humains pour fins de recherche sans admettre en même temps le transfert ou l'abandon de ces choses au chercheur ou encore à l'institution où s'effectuent ces recherches? Il serait inimaginable que, dans l'esprit des parties concernées, le scientifique soit tenu de les rendre à la personne chez qui ils ont été prélevés. Malgré tout, il importe de ne pas perdre de vue que l'objectif poursuivi est l'acquisition des connaissances et non le transfert de la propriété.

2. Le consentement

En ce qui a trait à la nécessité d'obtenir le consentement afin de poursuivre des recherches sur les parties du corps, plusieurs aspects doivent être précisés.

Le Code exige que le consentement donné à l'utilisation des parties ou produits du corps soit celui du patient dont ils proviennent, ou d'une personne habilitée à consentir pour lui. Or, dans le cas de majeurs inaptes ou de mineurs, la personne habilitée est la même que celle qui peut consentir aux soins de santé prodigués. Donc, logiquement, la désignation de ceux pouvant consentir pour autrui et les conditions de validité de leur consentement dépendraient de la nature de ces soins, la loi étant plus exigeante à l'égard des soins non requis par l'état de santé de la personne. La question qui se pose alors à cet égard est de

20. Ni, à plus forte raison, à leur exploitation commerciale : cf. Monique OUELLETTE, «Des personnes», dans *La Réforme du Code civil*, t. 1, *Personnes, successions, biens*, Ste-Foy, P.U.L., p. 32, note 45. Les formules de consentement aux interventions chirurgicales utilisées dans les centres hospitaliers stipulent un abandon ou un transfert des tissus en faveur du centre hospitalier : cf. S. GASCON, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1993, p. 59. Mais il importe de souligner que cet abandon ne confère pas pour autant au centre hospitalier le droit de s'en servir à des fins de recherche.

savoir si les *autres* conditions de validité du consentement aux soins s'appliquent à la permission additionnelle nécessaire afin d'effectuer des recherches sur les «déchets» humains. Prenons, par exemple, l'article 17 C.c.Q. qui affirme que le mineur âgé de quatorze ans et plus ne peut consentir seul aux soins non requis par son état de santé si ceux-ci présentent des risques sérieux et comportent des effets graves et permanents. En effet, son consentement doit alors être soutenu par celui du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur. Il est évident que cette exigence a pour but d'éviter une décision irréfléchie ou hâtive en matière de soins non essentiels et aux conséquences potentiellement sérieuses. Mais à l'égard de la permission d'effectuer des recherches sur des substances prélevées à l'occasion d'un tel acte médical, il nous semble que l'intérêt collectif à l'encouragement de la recherche, ainsi que l'absence de conséquences supplémentaires pour l'intégrité somatique du patient, militent en faveur de la validité de la seule autorisation éclairée du mineur, sans que les autres formalités soient nécessaires. Sinon, l'alourdissement des conditions de validité serait une entrave inutile à la recherche. Il faut cependant nuancer cette affirmation si la recherche comporte en elle-même des risques particuliers dont le mineur pourrait mal mesurer la portée et dont il est fait état plus loin.

Un patient peut aussi consentir avant sa mort à ce que des recherches soient poursuivies après celle-ci sur différents produits de son corps déjà prélevés. S'il décède après le prélèvement mais avant que son consentement ait pu être obtenu, le consentement des proches ou du représentant légal s'applique également, c'est-à-dire celui des personnes pouvant consentir aux soins, car le prélèvement ayant été fait avant le décès, l'utilisation se situe dans le prolongement de cet acte. Les articles 43 et 44 C.c.Q. ne s'appliquent que pour les prélèvements faits après le décès.

En ce qui a trait aux tissus embryonnaires ou foetaux produits lors d'un avortement, le géniteur masculin doit-il consentir à l'utilisation de ces tissus pour fins de recherche? Depuis l'arrêt *Daigle c. Tremblay*²¹, le droit québécois semble admettre sans aucune difficulté le principe que la décision de consentir à l'avortement revient exclusivement à la femme enceinte. Mais une fois cette décision prise, doit-on écarter pour autant la volonté du père quant à la façon

21. *Supra*, note 17.

de disposer des restes foetaux? Une réponse affirmative s'impose. Il nous semble que le texte de l'article 22 C.c.Q. n'admet pas une telle interprétation extensive car, peu importants les débats moraux, religieux ou métaphysiques sur le statut de l'enfant conçu, pour les fins du consentement en vue de la recherche, le fœtus est réputé *pars viscerum matris*, éliminant ainsi l'exigence de tout consentement autre que celui de la mère.

Le consentement à la recherche doit être libre et éclairé²². La qualité de l'information exigée est une question de fait dans chaque cas et pour savoir si un consentement est valable, il y a lieu d'établir l'étendue de l'obligation d'informer le patient. Suffit-il, en vertu des nouvelles dispositions, de mentionner l'usage des tissus «pour fins de recherches», sans plus, ou doit-on décrire de façon assez circonstanciée les éléments essentiels du projet? Plusieurs facteurs entrent en ligne de compte. Il n'y aurait pas lieu de fournir beaucoup d'explications dans le cas de produits banals et anonymes. En règle générale, le patient typique ne s'intéresse pas au sort éventuel de ses déchets hospitaliers «ordinaires». En quoi nos sensibilités seraient-elles troublées si, afin de poursuivre des recherches, on se servait d'un appendice ou d'une vésicule biliaire enlevés d'urgence en vue de soulager le patient? Une plus grande transparence serait par contre exigée dans les cas où l'utilisation des parties du corps pourrait perturber l'esprit de la personne concernée. La situation la plus courante, déjà mentionnée, est la disposition des débris embryonnaires ou foetaux. Une autre hypothèse, relativement évidente, où la franchise serait de rigueur est celle où l'utilisation des tissus humains pourrait aboutir à des avantages économiques importants pour le chercheur ou son institution. L'arrêt *Moore*²³ est un exemple frappant de ce genre de conjoncture car, selon la preuve déposée devant le tribunal, les retombées économiques du développement de la lignée cellulaire pouvaient atteindre 3,1 milliards de dollars américains. Alors qu'en principe, le patient n'aurait aucun intérêt à se faire restituer ses déchets médicaux après une intervention, ni à s'opposer à leur utilisation pour fins de recherche, la possibilité de profiter de certains avantages économiques éventuels, comme des royalties résultant de l'exploitation d'un brevet, ne serait pas à dédaigner.

22. Article 1399 C.c.Q.

23. *Supra*, note 7. Voir l'art. 2.03.49 du *Code de déontologie des médecins du Québec*.

Mais si, par contre, les parties prélevées restent identifiées au nom du donneur, si elles permettent de plus des recherches ultérieures non encore déterminées, ce qui sera le cas de la génétique particulièrement, la question est infiniment plus complexe. L'on peut se demander alors à quel point le consentement est effectivement éclairé : le public comprend certainement très mal la portée réelle des utilisations qui peuvent être faites des échantillons, dans un domaine où les connaissances évoluent si rapidement et où les informations obtenues ont une portée que nulle autre analyse ne permet. Les risques d'atteinte à l'autonomie et à la vie privée de l'individu, avec toutes leurs répercussions sociales, sont dès lors bien présents. C'est pourquoi nous sommes d'opinion que les exigences du consentement éclairé à l'utilisation des produits du corps pour la recherche, et donc la portée de l'obligation d'informer, doivent être modulées en fonction du type de recherche et des conséquences potentiellement néfastes pour le patient ou son entourage.

Lorsque de nouvelles études sont entreprises, rien n'empêche de demander le consentement du patient pour des recherches ultérieures sur les mêmes échantillons. Il faudra rencontrer à nouveau les exigences du consentement éclairé, en fonction des risques encourus. Le chercheur devrait, en cas de doute, s'assurer auprès du patient de son consentement à être sollicité ultérieurement si besoin est. Quant au jumelage des nouvelles données recueillies avec des renseignements déjà contenus en banque, ou dans d'autres banques, il est proprement inacceptable d'y procéder sans le consentement explicite du patient, après que la portée de ce jumelage lui ait été expliquée. Toute autre attitude contreviendrait à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*²⁴ et au *Code civil*²⁵.

24. Voir notre deuxième partie.

25. La constitution de banques d'échantillons et de banques de données de tous ordres représente pour les citoyens une grave menace, stigmatisée déjà par plusieurs auteurs : voir notamment R. LAPERRIÈRE, «La protection des renseignements personnels dans le secteur privé et la loi québécoise de 1993», dans R. CÔTÉ et R. LAPERRIÈRE, *Vie privée sous surveillance : la protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1994, 55, p. 59 et les travaux du Groupe de recherche informatique et droit (GRID), *ibid.*, p. 55; P.A. COMEAU, «Les dossiers médicaux, enjeu de société», (1993) 33:2 Bulletin de la Corporation Professionnelle des médecins du Québec 4.

De qui relève l'obligation d'obtenir le consentement à la disposition des tissus pour fins de recherche? La relation traditionnelle entre le médecin traitant et son patient est fondée sur la confiance mutuelle ou l'*intuitus personae*. Il doit certes obtenir le consentement pour l'intervention qu'il pratique. Peut-il en même temps requérir le consentement pour fins de recherche? Et si tel est le cas, agit-il en son propre nom, ou comme mandataire du ou des chercheurs? Ceci supposerait que ces derniers soient d'ores et déjà déterminés, car on ne peut agir au nom de personnes hypothétiques. Ou bien une recherche spécifique est déjà en cours, et l'on attend les échantillons du patient pour les y inclure : le médecin traitant agit alors au nom du chercheur si celui-ci ne se présente pas lui-même pour obtenir le consentement et laisse le médecin traitant fournir les explications nécessaires. Ou encore, le médecin traitant se contente de mettre en rapport le chercheur ou son représentant²⁶ et le patient, avec l'accord de celui-ci²⁷. Dès lors, l'information et l'obtention du consentement relèvent du chercheur. Le médecin traitant a-t-il donc l'obligation de s'informer pour savoir si les parties prélevées vont servir à la recherche? Certes non, s'il n'a pas été au préalable sollicité en ce sens par les chercheurs. Dans la plupart des cas, c'est l'institution hospitalière qui va se charger de faire signer un consentement général pour l'utilisation des résidus, et celui-ci devient donc partie intégrante du contrat hospitalier. Seuls les cas d'usage particulier, ou encore non anonyme, exigeraient un consentement spécifique, tel que précisé plus haut.

Quant à la forme du consentement, en principe, il n'a pas à être donné par écrit comme condition de validité *ad solemnitatem* et ce, nonobstant les termes de l'article 24 C.c.Q. affirmant que tout consentement «...à l'aliénation d'une partie du corps ou à une expérimentation doit être donné par écrit». D'après l'économie des dispositions du Code civil concernant l'intégrité de la personne, il nous semble évident que les aliénations envisagés par l'article 24 C.c.Q. sont celles provenant d'actes non-thérapeutiques altruistes comme, par exemple, le don du sang ou d'un rein. L'exigence du consentement écrit a pour but de tempérer un excès d'enthousiasme passager et d'obliger le donneur à

26. Par exemple, le représentant local, pour les études multicentriques.

27. *Weiss c. Solomon, Kaback et The Jewish General Hospital*, (1989) 48 C.C.L.T. 280; [1989] R.J.Q. 731 (C.S.), De Blois, J. Le médecin traitant, le Dr Solomon, a sollicité le patient pour la participation à l'étude du Dr Kaback, mais en laissant à juste titre au chercheur le soin de l'information et de la sélection des sujets.

réfléchir avant de participer à un acte médical potentiellement risqué et ne comportant aucun avantage concret pour lui.

L'article 22 C.c.Q. rend-il à présent illégales certaines études épidémiologiques? Lorsque celles-ci sont pratiquées, par exemple, sur des résidus de sang prélevé par ailleurs à des fins thérapeutiques, le consentement doit certes être obtenu, mais l'absence d'exigence d'un écrit peut tempérer les craintes que pourraient éprouver certaines catégories de patients à l'égard du maintien de l'anonymat²⁸. L'absence d'écrit ne signifie pas pour autant que les chercheurs peuvent procéder en invoquant un consentement implicite, ce qui est bien différent : un consentement positif est exigé, précédé d'explications préalables d'autant plus précises que le risque est plus grand.

Penchons-nous maintenant sur les objectifs visés par le législateur en édictant l'article 22 C.c.Q.

B. Les objectifs poursuivis par le législateur et la cession des parties du corps

Le Code civil cherche à atteindre certains buts évidents par l'adoption de cet article. Il veut affirmer le respect de l'autonomie de la personne ainsi que protéger sa dignité et son intimité. Cette législation implique une autre conséquence, mais sans qu'elle soit une finalité recherchée par son adoption. Il s'agit de la cession au chercheur des parties du corps concernées. Commençons par le premier point, qui est de loin l'aspect prédominant des objectifs plus ou moins évidents de l'article 22 C.c.Q.

1. Le respect de l'autonomie, de la dignité et de l'intimité de la personne

Que le devoir de franchise de la part du chercheur envers le patient découle d'un «*fiduciary duty*» tel qu'énoncé dans *Moore*²⁹, ou qu'il résulte d'une

28. Pensons notamment aux études de dépistage du VIH et du SIDA.

29. *Supra*, note 7, pour le droit américain. En *common law* canadien voir *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, p. 149; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Henderson c. Johnston*, [1956] 5 D.L.R. (2d) 524,

obligation de renseigner en droit québécois, l'obtention du consentement vise, d'après le Ministre de la justice, à assurer le respect des droits des personnes concernées³⁰. Nous osons croire que le droit à l'inviolabilité³¹ ou à la sécurité de la personne³² n'y figurent pas car l'atteinte à l'intégrité de la personne résultant d'une intervention médicale a déjà fait l'objet d'un consentement. Il ne s'agit pas non plus de la protection d'un droit patrimonial comme, par exemple, le droit de propriété car l'article 22 C.c.Q. ne fait aucunement allusion au transfert d'un droit sur la partie du corps qui est l'objet de la recherche.

À vrai dire, cet article a pour finalité de protéger l'autonomie, la dignité et l'intimité de la personne concernée. Au contraire, ces notions, loins d'être hétérogènes, se complètent. Selon la Commission de réforme du droit du Canada, il existe un lien entre l'autonomie de la personne, l'intégrité corporelle et la dignité humaine³³. La dignité humaine est valorisée en reconnaissant à tout individu, «... une zone d'exclusivité sur ce qui fait l'essence de son être, son identité, sa personnalité»³⁴. Cette zone d'exclusivité ne cesse pas pour autant d'englober les parties ou produits détachés du corps, tant qu'il n'y aurait pas d'expression formelle ou implicite d'une volonté à cet effet.

L'intimité de la personne est en cause de deux façons, l'une générale et l'autre plus spécifique. La plus évidente résulte de sa mention à l'article 3

pp. 533 et 534 (Ont. H.C.), confirmé par la Cour d'appel ((1958) 11 D.L.R. (2d) 19), et par la Cour suprême ((1959) 19 D.L.R. (2d) 201). Voir également B. DICKENS, «Conflicts of Interest in Canadian Health Care Law», (1995) 21 *Am. J. of L. & M.* 259.

30. *Supra*, note 2, p. 23.

31. Articles 3 et 10 C.c.Q., *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, article 1 (ci-après la Charte québécoise).

32. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, article 7 (ci-après la Charte canadienne).

33. *Supra*, note 8, p. 84. La Commission s'appuie sur la décision de la Cour suprême dans *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431 où il est écrit : «...[L]'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine.»

34. G. LOISEAU, «Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps», (1992) 37 R.D. McGill 965, p. 974.

C.c.Q. énumérant certains droits de la personnalité³⁵. Ces droits constituent des valeurs sous-jacentes à la notion plus générale de dignité de la personne³⁶. Une approche plus étroite de l'intimité de la personne en ce domaine ressemble à celle suggérée dans l'affaire criminelle *R. c. Borden*³⁷ par la Cour suprême, lorsqu'elle exprime certaines inquiétudes quant au prélèvement du sang de quiconque sans son approbation, car il serait alors possible de connaître et de se servir de certaines informations génétiques³⁸. Ce genre d'inquiétude ne fait que refléter le droit de tout individu de garder l'anonymat³⁹. À cet effet, il importe de souligner que le consentement du patient à l'utilisation des parties de son corps pour fins de recherche ne constitue pas, à moins d'une renonciation formelle à cet égard, une permission pour le chercheur de révéler l'identité de la personne. Ainsi, un simple consentement à la recherche laisse intact le droit du patient au secret et à l'intimité. Non seulement le chercheur doit-il demeurer discret, mais de plus, il est tenu de prendre des mesures pour éviter que l'identité de la personne ne soit découverte par quiconque.

35. «Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. Ces droits sont incessibles.»

36. LOISEAU, *supra*, note 34, pp. 973-974.

37. [1994] 3 R.C.S. 145.

38. Voir notamment l'opinion du juge Iacobucci à la p. 161. Plus généralement, voir J.-C. GALLOUX, «De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant», (1989) 3 R.R.J. 521, et B. M. KNOPPERS, *Dignité humaine et patrimoine génétique*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1991.

39. H. P. GLENN, «Le droit au respect de la vie privée», (1979) 39 R. Du B. 879.

2. La cession implicite des parties du corps

En ce qui a trait à la propriété des parties détachées du corps, nous avons déjà suggéré que le consentement accordé à un chercheur de afin poursuivre ses travaux scientifiques en se servant des déchets opératoires comporte implicitement la cession des parties du corps concernées. L'existence de cette présomption dépend de la nature de la chose, objet du consentement, ainsi que des autres circonstances⁴⁰. La plupart du temps, le patient est indifférent au sort de ses rebuts médicaux et d'aucuns pourraient prétendre que cette indifférence équivaut à un abandon⁴¹. Mais avant de conclure à une telle solution, il y a lieu de se rappeler certains principes concernant le corps humain.

D'abord, il ne peut être question d'un droit de propriété ou autre droit subjectif ayant pour objet le corps humain comme tel, car le corps n'est pas un bien et est donc indisponible⁴². Par contre, la séparation permanente des matériels biologiques de la personne elle-même ou, en d'autres termes, leur désaffectation⁴³, fait en sorte qu'ils tombent dans le commerce. Dès lors, à condition de respecter l'ordre public, ces choses peuvent faire l'objet d'un droit de propriété et sont donc susceptibles d'aliénation. Habituellement, on a tendance à voir là un abandon de la chose, permettant ainsi à quiconque d'en devenir propriétaire par occupation⁴⁴. Dans le cas des déchets opératoires, cette prise de possession par les soignants bénéficierait à l'hôpital ou au médecin traitant. Mais l'abandon exige deux éléments : la volonté d'abandonner et le dessaisissement. Dans les cas véritables d'abandon, le désaisissant ne désigne aucun bénéficiaire des choses abandonnées. En réalité, le patient cède implicitement les tissus ou organes à l'hôpital, normalement en vue de leur disposition en conformité avec les règles de régie interne de l'hôpital ou avec celles concernant l'hygiène publique⁴⁵. Ne pourrait-on affirmer que la prise en charge et la disposition des déchets biologiques font partie du contrat médical

40. J.-C. GALLOUX, «Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français», (1989) 30 C. de D. 1011, p. 1020.

41. *Ibid.*, p. 1021.

42. S. GASCON, *supra*, note 20, p. 5; G. LOISEAU, *supra*, note 34, p. 968.

43. J.-C. GALLOUX, *supra*, note 40, p. 1031.

44. Article 935 al 1 C.c.Q.

45. Voir la *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P - 35 et ses règlements.

ou hospitalier en vertu de l'article 1434 C.c.Q. sans la nécessité d'une stipulation à cet effet? Mais lorsque l'on voudrait se servir de ces déchets à des fins autres que leur destruction ou disposition, il ne saurait être question d'une cession présumée en faveur de l'institution ou du médecin. Afin de pouvoir détourner la cession des parties du corps de sa finalité habituelle, le consentement éclairé du patient serait nécessaire.

Même en présumant une cession implicite des parties du corps, il ne s'ensuit pas qu'un transfert du droit de propriété implique la permission de se servir de ces produits corporels afin de poursuivre une activité de recherche. En effet, l'on peut renoncer à son droit de propriété sans pour autant abandonner son droit à la vie privée et à la dignité. Dès lors, même dans des cas d'aliénation, une autorisation à la recherche est nécessaire. Évidemment, un individu peut autoriser la recherche sur ses déchets biologiques tout en conservant la propriété. Mais lorsque permission est donnée, en vertu de l'article 22 C.c.Q., de poursuivre des activités de recherche sur les produits du corps, il est raisonnable de présumer, jusqu'à preuve du contraire, que le patient en fait implicitement aliénation en faveur de la personne demandant cette permission. Il serait inimaginable que le patient soit enclin à revendiquer ces parties de son corps à moins, bien sûr, d'une manifestation de volonté à cet effet.

Ceci mène inévitablement à la question de la vénalité dans ce domaine. Selon l'article 25 C.c.Q.⁴⁶, la gratuité est de rigueur lors de l'*aliénation* d'une partie ou des produits du corps. Ainsi est réaffirmé le principe que l'être humain

46. «L'aliénation que fait une personne d'une partie ou de produits de son corps doit être gratuite; elle ne peut être répétée si elle présente un risque pour la santé. «L'expérimentation ne peut donner lieu à aucune contrepartie financière hormis le versement d'une indemnité en compensation des pertes et des contraintes subies.»

est hors commerce⁴⁷. La gratuité vise également «... à protéger certaines personnes dans le besoin contre un abus qui serait préjudiciable à leur santé»⁴⁸.

De toute évidence, l'article 25 n'est pas pertinent à la présente discussion. Cependant, nous avons souligné auparavant que dans les faits, la permission de se servir des débris humains pour la recherche comporte implicitement leur aliénation en faveur des chercheurs. *Prima facie*, l'article 22 C.c.Q. ne défend pas à l'individu de demander une contre-partie pour l'obtention de son consentement à l'utilisation de ses produits biologiques pour des fins de recherche. La gratuité serait-elle alors toujours de rigueur ou, au contraire, le patient ne pourrait-il pas stipuler, par hypothèse, le droit de bénéficier de certaines retombées économiques ainsi générées? Pour notre part, nous ne voyons aucune objection légale au droit du patient d'être animé par un esprit de vénalité. D'abord, même si l'être humain est hors commerce, les parties du corps détachées de la personne de façon permanente ne le sont pas. On ne doit pas perdre de vue que la notion d'extra-commercialité ne se réfère pas à la notion de commerce, mais à l'idée que la chose n'est pas susceptible de faire l'objet d'une convention ou du commerce juridique⁴⁹. La gratuité dont fait état l'article 25 C.c.Q. cherche à éviter que la personne économiquement défavorisée ne soit contrainte à faire le commerce de son corps. Dans le cas de l'article 22 C.c.Q., les conditions d'application de cette disposition éliminent toute possibilité que la personne dans une situation financière précaire soit exposée à de telles pressions car les parties du corps dont il est question sont de toute façon prélevées à l'occasion des soins qui lui sont prodigués. L'atteinte à la personne n'est pas dictée par des considérations économiques mais par des raisons médicales. Libéré de ces contraintes, pourquoi le patient serait-il tenu

47. Voir les Commentaires du Ministre de la justice à cet effet, *supra*, note 2, p. 25. Selon J.-C. GALLOUX, *supra*, note 40, p. 1016, «Il est aussi vain de préciser que la personne humaine est hors du commerce puisque cette qualification ne s'applique qu'aux choses dont la personne se trouve nécessairement retranchée.» Pour cet auteur, le critère de l'extra-commercialité se confond plutôt avec «... celui de la conformité causale de l'acte juridique aux exigences de l'ordre public ou des bonnes moeurs» (*ibid.*, p. 1026).

48. Commentaires du Ministre de la justice, *ibid.* On a voulu modifier le droit antérieur (article 20 du Code civil du Bas Canada), qui permettait les aliénations à titre onéreux des parties du corps susceptibles de régénération, comme le sang, le sperme, la moelle osseuse etc.

49. Voir M.-A. HERMITTE, *supra*, note 16, p. 325; J.-C. GALLOUX, *supra*, note 40, p. 1015.

d'agir par altruisme lorsque d'autres, comme dans l'affaire *Moore*⁵⁰, pourraient retirer des bénéfices importants suite à l'exploitation des parties de son corps? D'ailleurs, Grégoire Loiseau a raison lorsqu'il affirme que :

«L'indisponibilité de la personne ayant pour but de protéger et de préserver, contre elle-même et contre les tiers, ces valeurs essentielles, elle perd naturellement toute pertinence lorsque l'acte ne leur porte pas à proprement parler atteinte⁵¹.»

II- LA CONTRAVENTION AUX DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 22 C.c.Q.

L'article 22 C.c.Q. exige, pour utiliser à des fins de recherche des organes, tissus ou autres parties corporelles prélevées dans le cadre de soins, le consentement de la personne sur laquelle ledit prélèvement a été fait, ou celui de la personne habilitée à consentir pour elle. Par cette voie, le législateur entend protéger les droits fondamentaux que sont l'autonomie, la dignité et l'intimité du sujet. Lorsque les chercheurs procèdent sans ce consentement, ou suite à un consentement ne présentant pas les qualités requises (vicié par l'absence d'informations adéquates, par les pressions exercées...), ou encore excèdent les limites d'un consentement restreint, les recours peuvent être de plusieurs ordres : cessation de l'usage non autorisé des produits corporels, suppression des données obtenues illégalement, obtention de dommages et intérêts. Analysons brièvement ces trois types de recours.

A. La cessation de l'usage non autorisé des parties du corps

La difficulté majeure d'un recours fondé sur l'article 22 C.c.Q. consiste à savoir si les produits corporels ont effectivement été utilisés, et à quelles fins.

Le patient pourrait s'en enquérir, l'apprendre incidemment par le biais d'informations sur un projet de recherche en cours mentionnant l'hôpital où lui-même a subi une intervention ou un prélèvement, ou encore par un intermédiaire... Si les produits sont devenus anonymes, impossibles à identifier d'une façon quelconque, les possibilités de recours s'évanouissent-elles? Nous

50. *Supra*, note 7.

51. G. LOISEAU, *supra*, note 34, p. 975.

pensons que non : il suffit d'établir que les échantillons ont été utilisés pour la recherche, par exemple en étant inclus dans un ensemble de prélèvements ayant subi le même sort. Le recours pour atteinte à l'autonomie n'exige pas, contrairement au recours pour atteinte à la vie privée, de connaître leur destin individuel.

1. Le droit au suivi

Qu'une personne ait exprimé un refus, ou donné un consentement restreint, ou qu'elle réalise que son consentement n'a pas été éclairé et qu'elle veuille le retirer, elle a le droit de savoir ce que sont devenus ses produits corporels si l'on ne veut pas vider l'article 22 C.c.Q. de sa substance. Il revient donc aux destinataires du consentement et aux utilisateurs subséquents de prendre en compte cet aspect.

Le législateur n'exige pas que le consentement prévu soit donné par écrit. Il serait sage, cependant, pour le chercheur, de s'en ménager la preuve et donc d'avoir un écrit en bonne et due forme. Celui-ci devrait faire état des informations qui ont été données quant à l'usage des produits abandonnés pour fins de recherche⁵². Il y aurait même lieu de prévoir, selon nous, différentes formules de consentement suivant la destination des produits et le niveau de risque possible pour la personne⁵³. Il peut y avoir cependant des situations exceptionnelles, pour le dépistage du VIH (virus de l'immuno-déficience humaine) par exemple, où, sur garantie de l'anonymat, la personne consentira verbalement à ce que les produits soient utilisés, sans qu'elle veuille laisser trace de ce consentement.

Comme le prélèvement est effectué dans le cadre de soins, il ne serait pas difficile de mettre au dossier une note à cet effet, précisant à quel chercheur ou quel centre de recherche, ou à quel département de l'hôpital il a été remis. Dans le cas des échantillons qui sont d'emblée fondus dans une masse anonyme, l'identification et le retrait d'une pièce en particulier ne sont évidemment plus possibles. Mais lorsque l'échantillon a conservé son caractère nominatif, ou est

52. S. GASCON, *supra*, note 20, p. 60.

53. Voir partie I, A, 2, le consentement.

accessible à partir d'un code utilisé par le chercheur, le patient doit pouvoir savoir plus précisément ce qu'il en est advenu. Dans certains formulaires de consentement, le sujet autorise l'utilisation de produits ou pièces anatomiques pour une recherche spécifique, en cours ou déjà déterminée, mais aussi pour des recherches futures, tributaires des développements de la science, et dont il lui est donc totalement impossible de mesurer la portée et les conséquences. Comment un tel consentement pourrait-il être éclairé, à moins que le chercheur n'ait été très explicite quant aux aléas, aux incertitudes, aux risques, et ne se soit engagé à reprendre contact avec le sujet en face de tout développement majeur? Le consentement est un processus continu, surtout en matière de recherche : la possibilité de le retirer à tout moment, sous peine d'être un vœu pieux, doit se matérialiser par le suivi des échantillons nominatifs.

2. L'injonction

Lorsque le patient réussit à établir que ses échantillons corporels font l'objet d'un usage non autorisé, comment peut-il faire cesser cette atteinte? Pour reprendre les termes de Martine Gravel, «un droit fondamental n'a de sens que si la personne dispose de moyens utiles pour assurer le respect de ce droit»⁵⁴. L'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit, outre la réparation du préjudice sur laquelle nous reviendrons, le droit pour la victime d'obtenir «la cessation de cette atteinte»⁵⁵. Si une demande en ce sens reste sans effet, quelle procédure s'offre à lui, sinon une demande d'injonction devant la Cour supérieure⁵⁶? Aucun autre remède utile ne lui est offert. Rappelons que l'injonction a toujours été considérée par nos tribunaux comme un recours exceptionnel, sujet à la discrétion du juge⁵⁷. Cependant, dans les

54. M.GRAVEL, «L'impact des Chartes sur le recours en injonction», dans *Développements récents en droit administratif* (1994), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, 23, p. 28.

55. *Ibid.*, p. 31.

56. B. CLICHE, «Injonction», dans D. FERLAND et B. EMERY, *Précis de Procédure civile du Québec*, vol. 2, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1994, 319, p. 330. Même si, en principe, les pouvoirs de la Commission des droits de la personne ne sont pas limités aux questions de discrimination, ses activités portent essentiellement sur ce domaine. De plus, le requérant n'a pas intérêt à encourir les délais entraînés par ce type d'enquête.

57. M. GRAVEL, *supra*, note 54, p. 33. J.-L. BAUDOUIN, *Les Obligations*, 4^e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1993, p. 413 n° 744, p. 415 n° 748, et surtout, p. 420 n° 755.

circonstances, l'atteinte claire à un droit garanti par la *Charte* et l'absence d'autre recours approprié laissent en fait bien peu de latitude au juge⁵⁸.

L'injonction interlocutoire⁵⁹ aurait peu de place ici. Peut-être pourrait-elle se situer dans le cours d'une plainte portée devant la Commission d'accès à l'information, en attendant que celle-ci rende une décision finale quant à la suppression des données obtenues à la suite d'un usage non autorisé⁶⁰? Par contre, mettre fin à l'utilisation de l'échantillon, puis le détruire si le sujet l'exige, et ce serait là la seule protection efficace pour le futur, requiert une injonction permanente. Pour ce type d'injonction, la balance des inconvénients et la possibilité d'un autre recours approprié n'entrent pas en ligne de compte⁶¹.

Le non respect de l'injonction expose le contrevenant à une condamnation pour outrage au tribunal, et ce, à répétition, jusqu'à ce qu'il se soit conformé à l'ordonnance⁶². De plus, toute personne non spécifiquement désignée dans l'ordonnance mais qui y contrevient sciemment se rend également coupable d'outrage au tribunal⁶³. Ainsi, les autres chercheurs qui seraient tentés de continuer à utiliser l'échantillon sous prétexte qu'ils ne sont pas visés, le sont en réalité dès qu'ils ont connaissance, d'une façon ou d'une autre, de la décision du tribunal.

Nous n'entrerons pas dans le débat, laissé aux spécialistes, de savoir s'il existe un droit «absolu» à l'injonction en vertu de la Charte québécoise ni s'il peut en découler une autonomie procédurale qui dispenserait le demandeur

58. L'auteure M. Gravel parle dans ce cas d'une «injonction constitutionnelle ou quasi constitutionnelle» : *ibid.*, p. 68.

59. Celle-ci exige en principe, pour les cas ordinaires, une apparence de droit, la menace d'un préjudice sérieux et irréparable, ou une situation à même de rendre inefficace le jugement final : art. 752 al. 2 C.P.C.

60. Voir ci-après, B.

61. B. CLICHE, *supra*, note 56, p. 335.

62. Art. 761 C.P.C. B. CLICHE, *ibid.*, pp. 365 et s.

63. Art. 761 C.P.C. : «Le tribunal peut également ordonner que ce qui a été fait en contravention à l'injonction soit détruit ou enlevé, s'il y a lieu». B. CLICHE, *ibid.*, p. 367.

de respecter toutes les exigences du Code de procédure civile⁶⁴. Une fois prouvée l'atteinte aux droits fondamentaux par la contravention à l'article 22 C.c.Q., nous voyons mal comment le tribunal pourrait rendre une décision différente en exerçant sa discrétion. Dans le cas contraire, comment serait-il possible de conférer une quelconque efficacité à cet impératif du *Code civil*? Les chercheurs ne pourraient, pour s'opposer à la demande, invoquer le consentement initial donné par le patient, si consentement il y avait, celui-ci pouvant, tel que dit plus haut, être retiré en tout temps.

Le patient peut avoir un intérêt primordial à la destruction, non seulement de l'échantillon, mais aussi des données déjà obtenues à partir de celui-ci.

B. La suppression des données obtenues par l'usage non autorisé des produits

La démarche peut s'envisager en deux étapes, soit l'accès aux données, puis la suppression de celles-ci.

64. Voir à ce sujet l'analyse fouillée de Martine GRAVEL, *supra*, note 54, pp. 28 et s., ainsi que C. DALLAIRE, *Les dommages exemplaires sous le régime des Chartes*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1995, pp. 49 et s. et les références y citées. Voir également l'arrêt *Lambert c. P.P.D. Rim-Spec Inc.*, [1991] R.J.Q. 2174 (C.A.), qui rappelle que l'injonction est un recours exceptionnel, et que même si on allègue une atteinte aux droits fondamentaux garantis par la Charte, elle doit obéir à certains critères (p. 2183) : une simple allégation d'atteinte aux droits fondamentaux ne suffit pas. Mais «si la violation est claire, une injonction, même au stade interlocutoire, peut être émise» (p. 2183, juge Tourigny).

1. L'accès aux données de recherche

L'accès aux données de recherche pose la question de la propriété, ou à tout le moins de la localisation des dossiers ou fichiers. Les détenteurs de ceux-ci peuvent relever du secteur public ou du secteur privé, suivant que le chercheur ou le centre oeuvrant en milieu hospitalier ne sont pas des entités distinctes, ou au contraire que nous avons affaire à des groupes ou centres possédant une personnalité morale indépendante, ou encore que les chercheurs agissent à titre autonome⁶⁵. Les premiers sont régis par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* et par la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁶⁶, et les seconds par la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*⁶⁷.

Une constante se dégage de ces deux dernières : elles protègent des renseignements nominatifs ou personnels, c'est-à-dire les informations permettant d'identifier une personne physique⁶⁸. Elles ne s'appliqueront, dans le cas qui nous occupe, que si les échantillons n'ont pas été rendus anonymes, et ce, de façon irréversible, dès le départ. Si, en effet, ils ont été codés pour fins d'utilisation par différents chercheurs, mais que le chercheur principal ou le centre de recherche est à même de relier les produits à la personne dont ils

65. Les différents statuts possibles ne relèvent pas de notre propos, non plus que la question délicate de la propriété des dossiers et fichiers.

66. L.R.Q., c. S-4.2, art. 19 al. 2 concernant la prise de connaissance des dossiers médicaux par un professionnel pour fins de recherche. L.R.Q., c. A-2.1, art. 1 et 3, ci-après *Loi sur l'accès* : pour les fins de la loi, les établissements de santé et de services sociaux sont des organismes publics. D.L. DEMERS, «L'information génétique aux confins de la médecine et de la personne», dans R. CÔTÉ et R. LAPERRIÈRE, *supra*, note 25, p. 17.

67. L.R.Q., c. P-39.1, ci-après *Loi sur la protection* : l'article 1 vise la protection des renseignements personnels à l'occasion de l'exploitation d'une entreprise au sens de l'article 1525 C.c.Q., ledit article couvrant toute «activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, ..., ou dans la prestation de services», et ce par une ou plusieurs personnes.

68. *Loi sur l'accès*, *supra*, note 66, art. 53 et 54; *Loi sur la protection*, *ibid.*, art. 2.

proviennent, ce chercheur ou ce centre détient des renseignements personnels⁶⁹.

Le patient a, en vertu des deux lois précitées et du *Code civil du Québec*, et selon les circonstances, accès aux renseignements conservés à son sujet. En effet, en vertu des articles 83 de la *Loi sur l'accès* et 27 de la *Loi sur la protection*⁷⁰, ainsi que de l'article 39 C.c.Q., il a le droit d'être informé de l'existence, dans un fichier ou dossier, de renseignements nominatifs le concernant et d'en recevoir communication⁷¹. Certaines exceptions sont prévues : le détenteur du dossier ou fichier touchant à la santé peut en refuser la communication si l'information amène à dévoiler par le fait même un renseignement nominatif concernant une autre personne⁷², ou encore, momentanément, s'il y a lieu de craindre un préjudice grave pour la santé de la personne⁷³. Pensons, par exemple, à la révélation brutale d'une séropositivité ou encore d'une anomalie génétique, si l'analyse a été effectuée sans le consentement de la personne, et que celle-ci n'a évidemment pas pu bénéficier du *counseling* préalable qu'exige la bonne pratique en la matière. Cependant, l'information ne peut être retenue que jusqu'à ce que l'on ait pourvu à un soutien adéquat pour le patient⁷⁴. Les chercheurs ne pourront donc se retrancher longtemps derrière cette justification pour refuser la communication des données.

69. P. BAHAMIN, «La génétique et la protection de la vie privée : confrontation de la législation québécoise au concept du droit à la vie privée», (1995) 55 R. du B. 203, pp. 241-242.

70. *Supra*, notes 66 et 67.

71. Nous n'entrerons pas ici dans le détail des procédures appropriées. Voir notamment, pour la *Loi sur l'accès*, *ibid.*, articles 94 à 102; pour la *Loi sur la protection*, *ibid.*, articles 30 à 36; ainsi que les articles 38 à 41 C.c.Q.

72. Art. 88 de la *Loi sur l'accès*, *ibid.*, et 40 de la *Loi sur la protection*, *ibid.* Concernant la communication des données à des tiers, voir P. BAHAMIN, *supra*, note 69, pp. 249 et s.

73. Art. 87.1 de la *Loi sur l'accès*, *ibid.*, et 37 de la *Loi sur la protection*, *ibid.*

74. *Ibid.*

2. La suppression des données de recherche

À moins d'obtenir du patient un consentement rétroactif à cet effet et un nouveau consentement libre et éclairé pour l'utilisation des données déjà existantes⁷⁵, la cueillette et l'utilisation de données obtenues à partir de ces produits sont *ipso facto* illégaux. La personne concernée peut donc non seulement demander qu'il soit mis fin à l'utilisation des échantillons, mais également, et c'est peut-être le point auquel les chercheurs seront le plus sensibles, exiger la suppression des données obtenues. En effet, les deux lois pertinentes et le *Code civil du Québec* permettent d'obtenir la rectification du dossier ou fichier si la collecte des renseignements n'est pas autorisée par la loi⁷⁶.

La Commission d'accès à l'information peut faire enquête sur l'existence et le contenu des fichiers, sur plainte d'une personne intéressée, en l'occurrence le patient qui sait ou qui a des doutes sérieux sur la disposition des parties ou produits de son corps et veut vérifier ce qu'il en est⁷⁷. Celui-ci peut en dernier recours s'adresser à la Cour d'appel si des points de droit, mais non des questions de fait pour lesquels la Commission juge en dernier ressort, sont en cause⁷⁸. Les deux lois précitées prévoient des sanctions pénales pour les contrevenants⁷⁹. Si Danielle Parent souligne que les québécois bénéficient à cet égard d'une protection privilégiée⁸⁰, René Laperrière émet cependant des

75. *Loi sur la protection*, *supra*, note 67, art. 14; art. 37 C.c.Q.

76. *Loi sur l'accès*, *supra*, note 66, art. 65, et *Loi sur la protection*, *ibid.*, art. 8, qui spécifient l'exigence du consentement, du fait que les renseignements doivent être recueillis auprès de la personne concernée. Art. 37 et 40 C.c.Q. Pour les procédures, voir les articles cités à la note 71.

77. *Loi sur l'accès*, *ibid.*, art. 127 et 128; *Loi sur la protection*, *ibid.*, art. 81 et s. P. BAHAMIN, *supra*, note 69, p. 253.

78. *Loi sur l'accès*, *ibid.*, art. 147 et s. et 166; *Loi sur la protection*, *ibid.*, art. 61 et s., art. 41 C.c.Q. Pour les recours pris en vertu du *Code civil*, le demandeur s'adressera à la Cour supérieure.

79. *Loi sur l'accès*, *ibid.*, art. 158 à 162; *Loi sur la protection*, *ibid.*, art. 91 à 93, et l'article 84 prévoit également que la Commission peut publier des avis pour informer le public à l'égard des contrevenants.

80. D. PARENT, «La reconnaissance et les limites du droit à la vie privée en droit québécois», dans *Développements récents en droit administratif (1994)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1994, 232, p. 233.

critiques sévères à l'encontre de la *Loi sur la protection*, tant au niveau de la constitution des fichiers, de la collecte et de la divulgation des données qu'en raison des termes trop généraux employés par le législateur⁸¹. Il estime même «qu'il aurait été souhaitable d'établir, de préférence par secteurs, des normes plus précises empêchant la collecte de certaines catégories de renseignements même avec le consentement des personnes...» afin «d'ajuster les critères de validité du consentement aux exigences de cette protection...»⁸². De plus, les multiples mandats de la Commission et l'insuffisance de ses moyens l'empêchent de jouer véritablement son rôle protecteur⁸³.

Tout le processus n'est certes pas aisé pour un individu⁸⁴. La Commission ne peut, évidemment, lorsque la collecte initiale des renseignements est illégale, autoriser la communication d'informations à des fins d'étude, de recherche ou de statistiques⁸⁵. Il est de son devoir de jouer un rôle essentiellement préventif dans le contexte qui nous occupe, et de s'assurer, avant d'accorder ce type de permission, que les dispositions de l'article 22 C.c.Q. ont bien été respectées. Il devrait d'ailleurs en être de même pour les institutions et pour les comités de déontologie de la recherche qui examinent les projets.

81. R. LAPERRIÈRE, *supra*, note 25, pp. 71 et s.

82. *Ibid.*, p. 74. L'article 14 de la *Loi sur la protection*, *supra*, note 67, prévoit un consentement «manifeste, libre et éclairé» pour la communication ou l'utilisation d'un renseignement personnel. Il ajoute : «ce consentement ne vaut que pour la durée nécessaire à la réalisation des fins pour lesquelles il a été demandé.» Un consentement vague pour recherche future ne serait donc pas conforme aux exigences de la loi et serait, en conséquence, sans effet (art. 14, al. 2). Il serait souhaitable que la *Loi sur l'accès* contienne une disposition analogue, et pourquoi pas?, le C.c.Q.

83. *Ibid.*, p. 81.

84. P. ROY, «La *Loi sur la protection des renseignements personnels* dans le secteur privé, un acte de foi dans les vertus de l'auto-réglementation», dans R. CÔTÉ et R. LAPERRIÈRE, *supra*, note 25, p. 105.

85. *Loi sur l'accès*, *supra*, note 66, art. 59 par. 5° et 125; *Loi sur la protection*, *supra*, note 67, art. 18 par. 8° et 21.

C. Le recours en dommages

Le recours traditionnel en responsabilité civile implique, de la part du demandeur, la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal entre ces deux éléments. Un ou des défendeurs déterminés doivent être identifiés, en fonction de la nature des fautes reprochées, et ils peuvent être des individus et, ou, des personnes morales (institutions, centres de recherche...). Nous avons parlé plus haut des destinataires du consentement à la remise de l'échantillon pour fins de recherche. Il est logique que le patient puisse s'adresser à ceux-là, même si les produits corporels ont ultérieurement été transférés à d'autres. Contre le médecin traitant ou l'hôpital, ou encore un chercheur qui aurait personnellement approché le patient, le recours pourrait être de nature contractuelle, tandis qu'il serait extra-contractuel pour tous les autres. Ici, cependant, le recours ne serait plus limité à la personne qui a procédé à l'origine contrairement aux instructions, mais contre tous ceux qui font en connaissance de cause un usage non autorisé de données nominales.

Les héritiers du patient pourraient, de la même façon, prendre recours sur la même base : en vertu de l'article 1610 C.c.Q., le droit à des dommages et intérêts en cas de violation d'un droit de la personnalité est transmissible aux héritiers, y compris le droit à des dommages exemplaires⁸⁶. Quant au délai de prescription, il est de trois ans en vertu de la portée générale de l'article 2925 C.c.Q., qui vise les recours personnels ne faisant pas l'objet d'une disposition spécifique⁸⁷.

86. C. DALLAIRE, *supra*, note 64, pp. 53-54. Dans le même sens : *Augustus c. Gosset*, [1990] R.J.Q. 2641 (C.S.); [1995] R.J.Q. 335 (C.A.), en appel devant la Cour suprême; *Commission des droits de la personne du Québec c. Brzozowski*, [1994] R.J.Q. 1447 (T.D.P.).

87. Nous ne pouvons suivre sur ce point le raisonnement de C. DALLAIRE, *ibid.*, pp. 92-93, qui verrait plutôt le délai de réclamation pour dommages exemplaires tomber sous le coup des dispositions plus générales encore de l'article 2921 C.c.Q. et être ainsi de dix ans, sous prétexte de l'absence de disposition expresse à leur égard. Malgré le caractère punitif des dommages et le fait qu'ils puissent être alloués indépendamment de tout dommage compensatoire, ils n'en sont pas moins attribués au demandeur sur la base d'une atteinte pouvant également donner lieu à compensation : nous verrions donc mal un recours fondé sur les mêmes faits donner lieu à deux délais de prescription différents selon les dommages.

Si la *Loi sur la protection* est silencieuse au plan du recours privé, la *Loi sur l'accès* prévoit spécifiquement que l'organisme public est tenu à la réparation du préjudice résultant d'une atteinte illicite⁸⁸. D'autre part, la *Charte des droits et libertés de la personne* a ouvert la porte à l'obtention de dommages punitifs ou exemplaires.

1. Les recours pour atteinte à l'autonomie et à la vie privée de la personne

«La Charte», rappelle M. le juge Nichols dans l'affaire de l'*Hôpital St Ferdinand*, «n'a pas eu pour effet de créer un régime parallèle d'indemnisation», et les atteintes aux droits fondamentaux sont compensées selon les principes de la responsabilité civile⁸⁹. Ceux qui disposent ou utilisent sans consentement les produits du corps portent atteinte à l'autonomie et à la dignité de l'individu, tandis que ceux qui utilisent les informations portent atteinte à sa vie privée. La faute est évidente : en effet, une telle attitude est contraire aux prescriptions de l'article 22 C.c.Q., qui exige le consentement. Puisque le but de l'utilisation est la recherche, aucune exception ne peut être invoquée dans ce contexte, ni une situation d'urgence, ni une autre disposition légale, par exemple en matière de santé publique, qui aurait préséance. La recherche épidémiologique elle-même est toujours de la recherche, et l'on ne peut prendre prétexte de l'intérêt d'autrui pour écarter l'exigence de l'article, puisque le législateur a clairement choisi de donner préséance au choix du patient. Si l'on voulait permettre certains types de recherche sans consentement, il faudrait une disposition légale à cet effet, non seulement claire, mais susceptible de franchir le test de la Charte⁹⁰, démontrant que l'intérêt public, qu'il faut éviter de confondre avec l'intérêt des chercheurs, devrait incontestablement avoir préséance en la matière.

88. Art. 167.

89. *Syndicat National des employés de l'Hôpital St Ferdinand c. Le Curateur public*, [1994] R.J.Q. 2761, p. 2801 (C.A.). J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1994, p. 224 n° 389.

90. L'article 9.1 de la Charte québécoise, *supra*, note 31 impose les mêmes critères que l'article 1 de la Charte canadienne, *supra*, note 32: voir notamment : *Ford c. P.G. du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. P.G. du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Dufour c. C.H. St Joseph de la Malbaie*, [1992] R.J.Q. 821 (T.D.P.Q.).

Comme le souligne le juge Pierre Viau dans l'affaire *Valiquette*, «le droit à la vie privée est constitué du droit à l'anonymat et du droit à la solitude, auxquels s'ajoute celui du respect de la santé»⁹¹. Il est clair que le droit à l'intimité inclut le droit au contrôle des informations personnelles : «C'est tout stockage et toute diffusion non normalisés d'informations personnelles qui sont désormais protégés sous le couvert du droit à l'intimité»⁹². L'utilisation des produits corporels pour la recherche se produisant le plus souvent hors de la relation thérapeutique médecin-patient, il ne serait pas question ici, selon nous, de secret professionnel, à moins que le médecin traitant ne soit aussi le chercheur engagé dans le projet : dans ce cas, il serait également lié par ce secret, même pour l'aspect recherche⁹³. Autrement, les chercheurs sont des tiers par rapport au patient et n'entrent pas en relation thérapeutique avec lui.

La recherche en génétique est une zone particulièrement sensible à cet égard. En effet, l'information génétique permet à la fois l'identification de la personne si l'on dispose d'un autre échantillon connu, l'identification de ses traits distinctifs, et le diagnostic éventuel de maladies génétiques.

«Le matériel génétique contient toute l'information et (que) ce n'est qu'au stade de la technique utilisée pour la révéler que le chercheur exercera le choix à l'égard de l'information recherchée. Il en découle qu'en pratique, dès qu'une personne fournit un échantillon de tissu corporel, il est possible de le soumettre à différents types d'analyse, utilisant les parties codantes et non codantes du matériel génétique. On peut ainsi obtenir des renseignements portant tant sur l'identité de cette personne que sur son état de santé»⁹⁴.

91. *Valiquette c. The Gazette*, [1991] R.J.Q. 1075, p. 1080 (C.S.).

92. J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 89, p. 226 n° 395.

93. Dans le même sens : D. DEMERS, *supra*, note 66, p. 16. Tant le *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 60.4, que les différents codes de déontologie précisent que le secret est de rigueur dans le cadre des rapports avec le «client».

94. P. BAHAMIN, *supra*, note 69, p. 216. D. DEMERS, *ibid.*, pp. 3 et s. Le matériel appelé «non-codant» permet d'identifier la personne, mais non de déterminer les éléments relatifs à sa santé, contrairement à l'information dite «codante», qui «comprend toutes les informations, individuelles ou familiales, permettant d'établir des liens entre gène(s) et maladie(s), malformations, prédisposition et susceptibilité». On peut en tirer de l'information relative à l'hérédité, de l'information clinique, épidémiologique, et prédictive : *ibid.*, pp. 6 et 7.

La science génétique évolue à une vitesse incroyable, et il est impossible de prédire aujourd'hui quelles analyses pourront être faites demain sur des échantillons de tissus que l'on peut conserver indéfiniment par congélation⁹⁵.

Pour reprendre les termes de Poupak Bahamin, «le fait d'analyser les gènes d'une personne, sans son consentement libre et éclairé, constitue une violation des plus graves non seulement de l'inviolabilité de son corps mais également de sa vie privée»⁹⁶, en contravention avec l'article 5 de la *Charte* québécoise et avec l'article 35 C.c.Q. Et elle affirme qu'

«il importe qu'un tel échantillon soit protégé par les termes de ces lois afin que nul ne soit contraint de se départir de ses tissus corporels pour quelque fin que ce soit, que les utilisations qui sont faites et les informations qui sont retirées de ces tissus soient limitées à ce à quoi la personne concernée a consenti et, finalement, pour qu'un tel échantillon ne soit pas communiqué ni transféré entre cliniques médicales, laboratoires, organismes publics ou entreprises privées sans le consentement libre et éclairé de cette personne»⁹⁷.

Ainsi, dans ce domaine, même si le législateur décidait de changer son fusil d'épaule et de permettre la recherche épidémiologique sans consentement, y compris la recherche en épidémiologie génétique, le patient n'en conserverait pas moins tous ses recours pour atteinte à sa vie privée s'il y avait violation de son intimité.

Le patient lésé doit-il démontrer un dommage concret, particulier, par exemple des répercussions sur sa vie personnelle, sociale ou professionnelle? Non : «Toute atteinte à un droit protégé est en elle-même constitutive de préjudice moral qu'il y ait ou non d'autres conséquences ou dommages subis»⁹⁸.

95. *Ibid.*, p. 219. Sur la conservation des tissus et la constitution de banques, voir notamment : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *supra*, note 8, pp. 27 à 32, et particulièrement à la p. 30 pour les banques d'ADN et de cellules, et les références y citées.

96. P. BAHAMIN, *supra*, note 69, p. 227.

97. *Ibid.*, p. 242.

98. *Commission des droits de la personne c. Bar La Divergence*, [1994] R.J.Q. 847 (TDP) : préjudice moral en soi, peu importe qu'il y ait d'autres dommages ou non. Il s'agissait dans cette affaire d'une aveugle empêchée d'entrer dans un bar avec son chien guide.

La victime n'a donc pas à prouver l'existence d'un autre dommage évaluable en argent⁹⁹.

2. Les dommages exemplaires

L'article 49 de la *Charte des droits et libertés* prévoit, en cas d'atteinte illicite et intentionnelle à un droit garanti par elle, l'attribution de dommages exemplaires, tout comme d'ailleurs la *Loi sur l'accès*, «lorsque l'atteinte est intentionnelle ou résulte d'une faute lourde»¹⁰⁰. Ces dommages ont une fonction punitive et dissuasive à l'encontre d'une conduite «délibérée et consciente»¹⁰¹, impliquant donc une faute personnelle du défendeur, et ne peuvent être prononcés à l'encontre d'une personne qui serait seulement responsable du fait d'autrui¹⁰². Étant de nature différente des dommages compensatoires «les règles qui servent à la détermination des dommages compensatoires ne peuvent servir par analogie à déterminer le montant des dommages punitifs», ceux-ci étant laissés à la discrétion du tribunal¹⁰³.

L'article 1621 C.c.Q. prévoit à présent un certain nombre de critères, non exhaustifs, devant guider le tribunal dans son appréciation, notamment, «[de] la gravité de la faute du débiteur, [de] sa situation patrimoniale ou [de]

99. *Valiquette c. The Gazette*, *supra*, note 91, p. 1082. Le journal a divulgué des informations sur un professeur atteint du SIDA. Dans ce cas, l'atteinte à sa vie privée a eu, de plus, des répercussions directes sur son état de santé. Voir dans le même sens : *Commission des droits de la personne c. Bar La Divergence*, *ibid.* : préjudice moral en soi, peu importe qu'il y ait d'autres dommages ou non. Nous n'avons pas l'intention de nous pencher ici sur le *quantum* des dommages.

100. *Supra*, note 66, art. 167. On peut s'interroger sur le caractère réellement dissuasif du montant minimal mentionné, «au moins 200 \$», surtout qu'il s'agit d'institutions publiques. La mauvaise publicité faite à l'institution en cas de condamnation aura certainement plus d'effet.

101. *Syndicat National des Employés de l'Hôpital St-Ferdinand c. Le Curateur Public*, *supra*, note 89, p. 2805. L'arrêt précise les critères qui doivent guider le tribunal dans l'exercice de sa discrétion lorsqu'il attribue des dommages exemplaires : p. 2805. *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988]R.J.Q. 1569 (C.A.). C. DALLAIRE, *supra*, note 64, pp. 18 et s. À l'effet exemplaire et répressif, l'auteur ajoute l'effet incitatif pour la victime, le montant accordé sous ce chef lui permettant de défrayer une partie au moins de ses frais d'avocat (à la p. 21).

102. J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 89, p. 153 n° 224; *Augustus c. Gosset*, *supra*, note 86.

103. BAUDOUIN, *ibid.*

l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier», l'existence d'un tiers payeur pour les dommages compensatoires, et toutes les circonstances¹⁰⁴.

La jurisprudence antérieure à la réforme du Code civil avait déjà développé ces critères¹⁰⁵. Un élément au moins n'est pas repris par le Code civil et il est susceptible de nous intéresser particulièrement ici : c'est le profit retiré par le défendeur¹⁰⁶. L'atteinte délibérée, par des chercheurs, au droit à l'autonomie et à la vie privée de leurs semblables est d'autant plus répréhensible si elle est faite dans un but de profit, qu'il soit pécuniaire ou lié à l'avancement de la carrière professionnelle.

Rappelons que les dommages exemplaires sont également transmissibles aux héritiers¹⁰⁷.

Quel est l'impact du nouvel article 22 C.c.Q. sur les situations existant lors de son entrée en vigueur?

III- LE DROIT TRANSITOIRE

Si les exigences de l'article 22 C.c.Q. sont claires pour les produits et tissus prélevés dans le cadre de soins et utilisés pour la recherche après l'entrée en vigueur du nouveau Code, qu'en est-il des échantillons recueillis avant le premier janvier 1994? Dans la plupart des cas, en effet, et pour les interventions chirurgicales seulement, le patient aura simplement signé la formule traditionnelle d'abandon sans consentir à leur utilisation pour fins de recherche.

104. L'article 1621 C.c.Q. parle de «dommages-intérêts positifs». Pour une analyse des critères, voir C. DALLAIRE, *supra*, note 64, pp. 76 et s. L'auteur souhaiterait des critères encore plus précis pour les atteintes à la Charte. J.-L. BAUDOUIN, *ibid.*, p. 155 n° 227.

105. *West Island Teacher's Association c. Nantel*, *supra*, note 101; *Augustus c. Gosset*, *supra*, note 86.

106. C. DALLAIRE, *supra*, note 64, p. 82.

107. Art. 1610 C.c.Q. et les arrêts cités à la note 86.

L'article 2 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*¹⁰⁸ réitère le principe général de la non-rétroactivité de la loi nouvelle :

«La loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif : elle ne dispose que pour l'avenir. Ainsi, elle ne modifie pas [...] les conditions d'extinction d'une situation juridique antérieurement éteinte. Elle n'altère pas non plus les effets déjà produits par une situation juridique.»

Pour les échantillons prélevés, dûment abandonnés et fondus dans l'anonymat avant l'entrée en vigueur de la loi, l'on peut certes considérer que la situation juridique est éteinte : leur disposition, dans ces conditions précises, constitue un de ces faits instantanés mettant fin à la relation juridique entre les parties en ce qui concerne lesdits échantillons¹⁰⁹. Le Code, il est vrai, fait exception au principe de la non-rétroactivité des lois dans certains domaines particuliers, mais aucune disposition à cet effet ne vise l'article 22 du Code civil, et même s'il en était ainsi, on serait, dans le cas des études anonymes, confronté à l'impossibilité de s'y conformer. Lors du prélèvement n'existait pas l'obligation d'obtenir un tel consentement, et celle-ci ne peut s'appliquer rétroactivement, ni en droit ni dans les faits, puisqu'il n'y a pas moyen de retracer les personnes à qui appartenaient à l'origine les tissus. Tenir un raisonnement contraire impliquerait l'obligation de détruire tous les échantillons, de quelque ordre qu'ils soient, tissus, organes etc., prélevés avant l'entrée en vigueur du Code et pour l'utilisation desquels on ne pourrait plus obtenir d'autorisation (notamment ceux des donneurs anonymes, des donneurs décédés,) : cette conclusion absurde doit être écartée.

La question se pose cependant pour des prélèvements effectués avant le 1^{er} janvier 1994, mais qui demeurent bien identifiés, soit que le patient soit toujours suivi par son médecin, ou que les échantillons, en raison de leur nature, n'impliquent pas l'anonymat absolu du donneur¹¹⁰. Les détenteurs de l'échantillon, ou ceux qui ont accès aux données qui en sont retirées, sont dès

108. L.Q. 1992, c. 57.

109. Voir à cet égard les commentaires généraux du Ministre : *Commentaires du Ministre de la Justice*, tome III, *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 5, et notre partie I, B, 2, sur la cession implicite des parties du corps.

110. Que celui-ci soit directement identifiable, ou puisse l'être à partir d'un code réversible : voir la recherche en génétique ou sur le VIH et le SIDA, selon les méthodes utilisées.

lors toujours tenus aux obligations de respect de l'autonomie et de la confidentialité à l'égard du patient, comme ils y étaient d'ailleurs tenus avant l'entrée en vigueur du nouveau Code civil. L'on peut en déduire que la situation juridique, contrairement à la première, n'est pas éteinte. Elle relève dès de moment non plus de l'article 2, mais de l'article 3 de la *Loi d'application*¹¹¹, qui prévoit que de telles situations sont régies par la loi nouvelle : «celle-ci régit également les effets à venir des situations juridiques en cours». Selon les Commentaires du Ministre, «le droit nouveau s'appliquera donc, dès son entrée en vigueur, aux situations juridiques existantes, pour tout fait qui se produira après cette entrée en vigueur»¹¹². Étant donné les objectifs de protection des droits fondamentaux de la personne sous-jacents à l'article 22 C.c.Q., ce principe d'application immédiate ne répugne certes pas à l'esprit du juriste, et nous en concluons que l'autorisation du patient doit effectivement être demandée pour toute utilisation future de ses produits corporels prélevés avant l'entrée en vigueur du Code, le premier janvier 1994.

Pourrait-on opposer, pour échapper à l'exigence du consentement pour fins de recherches, les dispositions de l'article 4 de la *Loi d'application* lorsque la relation entre le patient et le chercheur est de nature contractuelle? Celles-ci prévoient la survie de la loi ancienne lorsqu'il y a lieu de recourir à des règles supplétives «pour déterminer la portée et l'étendue des droits et des obligations des parties, de même que les effets du contrat», pour les situations juridiques en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle? Nous ne le pensons pas davantage. Il ne s'agit pas ici de suppléer au silence ou aux ambiguïtés du contrat. Le droit de la personne à son autonomie et à sa vie privée existait bel et bien lors de la conclusion du contrat. L'article 22 C.c.Q., qui est, selon toute évidence, d'ordre public, ne fait que concrétiser les obligations corrélatives du chercheur en lui imposant aux fins du respect de ces droits une exigence particulière. Il s'agit donc, pour le patient, de l'exercice d'un droit, exercice relevant, lui, de l'alinéa 2 de ce même article 4 : «les dispositions de la loi nouvelle s'appliquent à l'exercice des droits et à l'exécution des obligations...».

111. *Supra*, note 108.

112. *Supra*, note 109, p. 5. Et il est précisé que ce principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle se distingue nettement de la rétroactivité de la loi nouvelle.

Si le patient lui-même ne peut être contacté (changement d'adresse etc), nous voyons mal comment on pourrait utiliser un échantillon nominatif sans son consentement, et cette pièce ne devrait donc pas être incluse dans le projet de recherche. En cas de décès, la décision revient aux proches, selon ce qui a été dit plus haut à propos du consentement.

CONCLUSION

L'exigence du consentement à l'utilisation des parties du corps pour fins de recherche est essentielle au respect de l'autonomie de la personne, et au contrôle qu'elle a le droit d'exercer sur les aspects les plus intimes de son existence¹¹³. Comme l'énonçait Edith Deleury avant la formulation actuelle de l'article 22,

«en exigeant le consentement exprès du patient, tant sur le principe de l'utilisation que de la destination finale des substances prélevées, on rétablirait l'équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels, un équilibre qui, s'il implique «la circulation de ces produits parmi la communauté des humains», implique aussi le respect de l'autonomie du sujet dans sa dimension corporelle¹¹⁴.»

Tant qu'elle restait véritablement anonyme, la recherche épidémiologique ne comportait pas les mêmes dangers. Mais les développements de la science, et particulièrement de la génétique, menacent chaque jour davantage la liberté individuelle, appelée à s'effacer devant l'intérêt commun¹¹⁵. Encore faudrait-il que celui-ci ne serve pas à masquer les intérêts

113. «Le principe du respect de l'autonomie réside dans le consentement éclairé et dans la volonté de l'individu en tant que membre d'une société qui procure les bases des connaissances et de la compréhension collective des différences et de la vulnérabilité génétiques» : B.M. KNOPPERS, *supra*, note 38, p. 84. P. BAHAMIN, *supra*, note 69, pp. 232 et 233.

114. E. DELEURY, *supra*, note 4, p. 471.

115. Pour une illustration des risques de dérive, voir notamment l'ouvrage de M. HIRTLE, *Le dépistage génétique des nouveaux-nés*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, Collection Minerve, 1995, pp. 132-133, où l'auteure justifie le dépistage sans le consentement des parents sur la base d'une appréciation collective du meilleur intérêt de la population des nouveaux-nés. S'il en est effectivement ainsi, il revient au législateur d'édicter des dispositions fondées sur la santé publique, et non à un réseau de chercheurs de s'arroger ce droit. Comme le souligne encore à juste titre Bartha M. KNOPPERS, «la dignité ne saurait

particuliers d'autres individus et les pouvoirs démesurés qui vont échoir aux détenteurs des informations dans une société aux citoyens «fichés», le plus souvent à leur insu, dans des banques de données de plus en plus nombreuses et de moins en moins confidentielles, quoi que l'on en dise. Si le législateur a cru bon d'introduire, à l'article 22 du Code civil du Québec, l'exigence du consentement, nous ne pouvons que l'en féliciter et l'engager à résister aux pressions de tous ordres qui visent à le faire changer de cap. Il reviendrait aux chercheurs eux-mêmes, aux comités de déontologie de la recherche, aux institutions, aux organismes subventionnaires, à la Commission d'accès à l'information et aux tribunaux de faire en sorte que les droits fondamentaux des individus soient véritablement respectés. Il leur incombe de s'assurer de la réalité et des qualités du consentement, de respecter le refus, d'assurer un suivi par des mécanismes appropriés, de façon à ce que la personne puisse savoir si ses instructions ont effectivement été respectées. En effet,

«Il ne paraît pas justifié de verser de façon trop autoritaire le corps propre et ses produits dans l'espace public au nom d'une éthique collective de la solidarité progressiste : le développement de l'éthique collective peut aussi se faire dans le respect de l'éthique privée, ce qui juridiquement oblige à maintenir les éléments du corps dans l'orbite du sujet lorsqu'ils en sont détachés¹¹⁶.»

se dissocier de l'individualité» : *supra*, note 38, p. 33.

116. E. DELEURY, *supra*, note 4, p. 471. Dans le même sens : S. GASCON, *supra*, note 20, p. 61.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « LA RECHERCHE DOCUMENTAIRE EN DROIT »

Auteur(s) : René PÉPIN

Revue : *RDUS*, 1994-1995, volume 25, numéro 1-2

Pages : **397-399**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12920>

Page vide laissée intentionnellement.

«LA RECHERCHE DOCUMENTAIRE EN DROIT»*

par René PEPIN**

Troisième édition, à jour au premier novembre 1994, ce volume compte 30 pages de plus (250 au total) que la précédente de 1988. C'est un ouvrage indispensable à tout étudiant, professeur ou juriste qui veut réaliser un travail professionnel. Véritable texte de base qui explique comment accéder aux sources du droit : lois, règlements, jurisprudence, doctrine.

En avant-propos les auteurs mentionnent les principales modifications apportées à l'édition antérieure de leur ouvrage. Les outils documentaires sont mieux décrits et leur contenu est expliqué plus longuement. Un plus grand nombre de tableaux présentent schématiquement l'information et permettent au lecteur de trouver plus vite celle désirée. Le regroupement des démarches par juridiction permet une plus grande facilité d'application. Modernisme oblige, les instruments de recherche informatiques occupent une plus grande place. Au début, un chapitre explique les possibilités et les limites de ce type de recherche, et présente les principales ressources informatiques. Chacun de ces chapitres donne une description des banques de données disponibles, gratuites ou non.

Les douze chapitres de la table des matières orientent rapidement le lecteur vers la source du droit qui l'intéresse : loi québécoise, règlement fédéral, jurisprudence du Canada et des différentes provinces, etc. Chaque chapitre commence par un plan détaillé. Personnellement, nous préférons la présentation de l'édition de 1988, comportant un plan détaillé général, au début du volume.

Le chapitre introductif est particulièrement utile à l'étudiant. Sans être une méthodologie du travail juridique (Denis Le May a d'ailleurs fait paraître un livre sur ce sujet en 1990 chez le même éditeur) il donne une vue à vol d'oiseau de ce qu'est la recherche documentaire, ses limites et ses contraintes. L'étudiant pourra mieux comprendre quelle utilisation il pourra faire du reste de l'ouvrage.

*. Denis Le May et Dominique Goubau, *La recherche documentaire en droit*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1994, 250 p.

** . Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Au niveau des règlements, un chapitre est consacré aux principales étapes de leur adoption, les mécanismes d'entrée en vigueur, et la complexe question de leur modification ou de leur abrogation. Que se passe-t-il si la loi habilitante est modifiée ou abrogée? Un règlement peut-il être abrogé par un autre règlement adopté en vertu d'une autre loi, etc.?

Une des grandes qualités de cet ouvrage est d'être complet. Qu'il s'agisse de lois, de règlements, ou d'autres sources juridiques, les auteurs font une présentation des grands instruments de repérage. Ils expliquent de façon détaillée le contenu de ceux présentement disponibles ou qui l'ont été, et les diverses façons dont il est possible de les consulter. Le chercheur s'intéresse-t-il à une loi, refondue ou non, ou à ses modifications, ou à sa mise en vigueur? Il trouvera vite les index, tableaux, répertoires, etc., utiles. Des stratégies de recherche lui sont proposées, différentes selon l'information dont il dispose : le titre de la loi, ou son sujet, ou le numéro du projet de loi. Par exemple, le chapitre sur la jurisprudence présente cinq grandes approches possibles de recherche.

L'ouvrage a aussi le grand mérite de constituer une mise à jour des instruments de recherche. Le chercheur chevronné saura s'il existe de nouveaux instruments de repérage des lois adoptées après la parution du dernier volume annuel, s'il y a de nouveaux processus de mise en vigueur des règlements, ou si le contenu de la Gazette du Canada, partie II ou III a été modifié. Il traite aussi du nouveau *Code civil* entré en vigueur en janvier 1994 : ses diverses éditions, les outils immédiatement utiles pour son étude, son statut juridique, etc.

Le volume renferme plusieurs autres renseignements utiles. Par exemple, les chapitres sur les lois donnent les dates d'ouverture et de prorogation de chaque session des parlements québécois et fédéral, et la concordance entre les citations des lois faites par année de règne et par année de calendrier. On précise le contenu du *Journal des débats*, et on montre schématiquement le cheminement d'un projet de loi. Pour chaque province canadienne, des tableaux indiquent le nom du recueil des lois refondues, du recueil sessionnel, la procédure (sommairement) de repérage des mises à jour, des modifications, et la disponibilité des textes en version informatisée.

En somme, c'est un ouvrage essentiel et extrêmement bien fait, aidant à rentabiliser le peu de temps disponible pour les fins de la recherche. Les auteurs

rapportent dans leur introduction que deux études effectuées à 20 ans d'intervalle concluent semblablement que presque la moitié des avocats consacrent 15% ou moins de leur temps à la recherche. C'est peu si la bibliothèque du juriste est, comme on se plaît à le dire, le laboratoire lui permettant de fournir un travail de qualité professionnelle.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « CONSTITUTIONAL LAW IN THEORY AND PRACTICE »

Auteur(s) : René PÉPIN

Revue : *RDUS*, 1994-1995, volume 25, numéro 1-2

Pages : **401-404**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12922>

Page vide laissée intentionnellement.

**«CONSTITUTIONAL LAW
IN THEORY AND PRACTICE»***

par René PEPIN**

«*Constitutional Law in Theory and Practice*» n'est pas un ouvrage traditionnel sur le droit constitutionnel canadien. S'adressant aux étudiants en droit et en sciences politiques, on n'y trouve pas d'analyse poussée des grandes décisions des tribunaux ni beaucoup de références. Il cherche surtout à contribuer au débat sur «l'intégrité» ou non des décisions des tribunaux en droit constitutionnel : les juges utilisent-ils des critères précis pour trancher les litiges ou appliquent-ils consciemment ou non, leurs propres préférences personnelles?

Le chapitre introductif est peut-être le plus intéressant. L'auteur définit d'abord le terme «constitution» de façon non-conventionnelle : c'est tout simplement le texte qui détermine le comportement de ceux ou celles qui ont le pouvoir de gouverner les autres. Il note qu'un grand nombre de constitutions ont un contenu très semblable : le principe démocratique, la séparation des pouvoirs dans l'État, le principe fédératif (s'il y a lieu) et les droits fondamentaux. Il fait ensuite un survol des grandes questions qui intéressent le droit constitutionnel : le dilemme entre un texte très détaillé mais qui peut devenir vite obsolète, et un texte si général qu'il n'est d'aucune utilité, la qualification constitutionnelle, les amendements constitutionnels, etc.¹ L'auteur énonce sa thèse principale : il veut s'attaquer à la croyance moderne selon laquelle il n'y a aucune règle fixe pour trancher les litiges, de sorte que les juges peuvent toujours appuyer quelque position que ce soit sur une ou plusieurs sources du droit. Il écrit : «Mon ambition dans cet ouvrage est de ressusciter et de défendre l'intégrité de la règle de droit »². Sa thèse est pour le moins originale. À son avis, toutes les décisions des tribunaux, même celles en matière de partage des pouvoirs législatifs,

*. David Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice*, Toronto, University of Toronto Press, 1995, 204 p.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. Pour lui des conventions constitutionnelles sont des amendements constitutionnels apportés par les politiciens, par contraste à ceux apportés par les tribunaux dans leurs décisions.

2. Notre traduction.

s'articulent autour de deux pôles : une loi contestée doit, pour être valide, répondre au critère de rationalité et à celui de proportionnalité. Le critère de rationalité³ exige de ceux qui sont chargés d'exercer les pouvoirs de l'État qu'ils utilisent les moyens qui interfèrent le moins possible avec la liberté des personnes ou le droit des communautés⁴ de contrôler leur destinée. L'auteur explique ceci en d'autres termes en disant que l'État doit montrer qu'il y a une commune mesure entre la restriction apportée à une liberté individuelle et l'importance de l'objectif sociétal poursuivi. La règle de proportionnalité⁵ signifie que les restrictions imposées à l'autonomie personnelle ou à la liberté des gouvernements doit être sensiblement égale aux autres contraintes qui auraient été imposées à d'autres groupes d'individus ou à des gouvernements dans le passé. Et elles ne doivent pas empiéter sur les libertés individuelles plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but poursuivi. Ceux qui défendent la validité d'une loi ou d'un règlement doivent montrer qu'ils ont agi avec «moderation and proportion». Le reste du volume sert à expliciter et illustrer cette thèse.

Le chapitre deux est consacré au partage des pouvoirs législatifs. Les questions qui se posent aux juges sont de savoir quel niveau de gouvernement a juridiction pour réglementer tel secteur de l'activité humaine, qu'il s'agisse de la publicité, des grèves, de la prostitution, de la publicité, etc. Le texte constitutionnel étant silencieux sur la plupart de ces questions, les juges ne peuvent trancher les litiges avec une rigueur mathématique. Le seul principe fondamental qu'ils doivent respecter est le principe fédératif. C'est ici que l'auteur fait le lien avec les règles de rationalité et de proportionnalité. Le principe fédératif signifiait d'abord que tout pouvoir législatif doit être interprété de façon à ne pas permettre à un niveau de gouvernement d'envahir ou de détruire son vis-à-vis, et que les gouvernements doivent montrer que la mesure adoptée est modérée, mesurée, en un mot proportionnelle. Le principe fédératif signifie aussi qu'une fois cette justification faite, les gouvernements doivent être libres de choisir, à l'intérieur de leurs compétences, les mesures jugées nécessaires : ce serait alors l'application du principe de rationalité. Les deux facettes du principe fédératif seraient mises en pratique par les règles de la modification mutuelle des pouvoirs et des compétences concurrentes, dont

3. Qu'il appelle aussi nécessité.

4. Les provinces.

5. Aussi appelée «consistency».

l'une est un peu le contraire de l'autre. Il y a une compartimentation étanche des pouvoirs entre parlements, mais à l'intérieur de ces pouvoirs, chacun doit avoir la plus grande latitude possible. Les principes de proportionnalité et rationalité seraient utilisés de façon assez évidente par les tribunaux dans leur interprétation des pouvoirs fédéraux en matière de commerce et dans la clause «paix, ordre et bon gouvernement». L'auteur reconnaît tout de même que les critères de rationalité et de proportionnalité ne permettent pas de savoir précisément quelles sont les limites des pouvoirs des gouvernements, ni si les tribunaux les ont toujours appliqués uniformément. (Par exemple dans *Crown Zellerbach*, sur l'étendue du pouvoir fédéral de légiférer en matière de dimension nationale, la Cour suprême s'est divisée à 5 contre 4.)

Le chapitre 3, sur les libertés fondamentales, est d'une facture plus conventionnelle. Comme le font la plupart des auteurs de volumes de base en droit constitutionnel, l'auteur explique que plusieurs questions relatives au partage de pouvoirs et en matière de libertés fondamentales se posent de façon assez semblable : toutes les lois et tous les règlements doivent respecter la constitution formelle. La différence tient au fait que dans le premier domaine il y a toujours un parlement qui peut adopter la norme contestée, tandis que dans le second les tribunaux imposent des limites absolues que ni les parlements ni les gouvernements ne peuvent transgresser. Mais les tribunaux ont eu recours à la même approche pour préciser le sens des termes de la constitution, savoir quelles sont les valeurs fondamentales de notre société que la charte veut protéger. En l'occurrence, il s'agit principalement de la dignité humaine, de l'autonomie personnelle, et de l'égalité. L'auteur analyse ensuite l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés, où s'appliquent particulièrement bien les principes de rationalité et de proportionnalité. Le principe de rationalité, ou de nécessité, serait particulièrement important. Le résultat des décisions des tribunaux, surtout la Cour suprême, le désole, car, comme en matière de partage de pouvoirs, le tribunal, et plusieurs juges individuellement, ont émis des opinions extrêmement changeantes sur un même sujet. L'auteur critique le fait que la Cour suprême soit devenue au cours des années plus déférente à l'égard des choix faits par les parlements ou gouvernements. À son avis cela va carrément à l'encontre du principe de *légalité* (rule of law), et l'approche libérale que la cour avait choisie initialement pour interpréter ce document. Il est particulièrement critique à l'égard de son interprétation restrictive de l'article 15, sur le droit à l'égalité, le confinant aux groupes traditionnellement considérés dans la société nord-américaine comme étant défavorisés. La cour

aurait dû étendre le droit à l'égalité à tous les groupes qui sont «similarly situated».

Le chapitre 4, sur le droit constitutionnel comparé, veut montrer que les principes de proportionnalité et rationalité⁶ sont universels dans le temps et l'espace. Est étudié brièvement le droit constitutionnel des États-Unis, de l'Inde, du Japon, de la Cour européenne des droits de l'homme, et de la Cour constitutionnelle d'Allemagne. L'auteur scrute le cadre général d'analyse et les grands principes élaborés par ces tribunaux. Il cherche à montrer que même s'ils évoluent dans des conditions historiques, politiques, et institutionnelles fort différentes, ils fondent tous ultimement la validité d'une loi sur le respect des critères de rationalité et de proportionnalité. Les différences dans les décisions des tribunaux sur divers sujets tiendraient au fait que dans certains pays la plus haute cour se montre plus ou moins exigeante quant à la démonstration par l'État de l'importance sociale des buts poursuivis par ses lois. Pensons ici à la règle du «strict scrutiny» appliquée aux États-Unis, mais pas dans toutes les sphères de l'activité humaine.

Enfin le chapitre 5 est l'occasion d'un recul pour mieux apprécier ce que le droit comparé nous apprend sur l'intégrité et l'efficacité du contrôle judiciaire des lois et règlements. Les divers systèmes juridiques auraient beaucoup en commun. Pour trancher les questions de validité des lois, les tribunaux travailleraient fondamentalement avec le même cadre d'analyse. Il y aurait aussi beaucoup de ressemblances entre les juges au niveau psychologique : ils font preuve d'une grande prudence et déférence dans l'application des règles départageant les lois valides de celles qui ne le sont pas. Mais ces règles seraient essentiellement les mêmes. L'auteur réaffirme donc sa thèse principale à l'effet que les principes de rationalité et proportionnalité sont des principes neutres et objectifs en ce sens qu'ils reçoivent la même application dans un pays doté d'une constitution de 200 pages, comme en Inde, ou de quelques pages, comme aux États-Unis. Ils fournissent aux juges un cadre d'analyse qui «peut» conduire à des résultats concrets et sûrs.

Même si la thèse de l'auteur n'emporte pas nécessairement une adhésion immédiate et enthousiaste, elle a le mérite de faire réfléchir le lecteur sur le rôle du pouvoir judiciaire en matière constitutionnelle.

6. L'auteur les appelle aussi des principes de justice et d'égalité.